MACHIDOVEL TRIGUEIRO FILHO

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DIREITO ECONÔMICO

Editora DIN.CE
Crescendo e Evoluindo

MACHIDOVEL TRIGUEIRO FILHO

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DIREITO ECONÔMICO

Fortaleza-CE

2022

© Copyright 2022 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:
Editor-chefe: Vanques de Melo
Diagramação: Vanques Emanoel
Capa: Vanderson Xavier
Produção Editorial: Editora DINCE
Revisão: Do Autor

CONSELHO EDITORIAL:
- Machidovel Trigueiro Filho (Pós Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo-USP e Prof. da Universidade Federal do Ceará);
- **Felipe Lima Gomes** (Doutor em Direito e Desenvolvimento pela Universidade Federal do Ceará);
- **Karine Moreira Sales** (Mestra Profissional em Planejamento e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Ceará).
- Francisco Odécio Sales (Doutor em Educação na Universidade Federal do Ceará)
- Ma. Roberta Araújo Formighieri (Mestra em Direito Constitucional com ênfase em Direito Público pela Universidade de Fortaleza)

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

FILHO, Machidovel Trigueiro
CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E DIREITO ECONÔMICO
Editora DINCE, 287p. Digital. 2022

Direito Constitucional Digital 2. Políticas Públicas 3. Regulação econômica

ISBN: 978-65-5740-089-0
DOI: 10.56089/978-65-5740-089-0

1. Direito Constitucional Digital 2. Políticas Públicas 3. Regulação Econômica

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação.

NOTA DA EDITORA

Livro em formato digital adequado nos termos da Lei n° 10.753/2003.
A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Produção gráfica: DIN.CE
CENTRAL DE ATENDIMENTO:
Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)
Av. 2, 644, Itaperi – Fortaleza/CE

www.dince2editora.com

À Mikaela, minha mulher, e aos meus filhos, Lorenzo, Pietro, Rafaello e Lauren, meus grandes amores;

O Constitucionalismo Digital é a evolução do constitucionalismo tradicional frente aos desafios da era digital, propondo a defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática em um ambiente mediado por tecnologias digitais.

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1 - CONSTITUCIONALISMO DIGITAL. CONCEITO. DIREITO ECONÔMICO. ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA 11

1.1 Constitucionalismo Digital: Conceitos 11

1.2 Direito Econômico e Ordem Econômica'. Constituição Econômica. Conceitos 14

1.3 Ordem Econômica: Constituição Econômica – Conceitos 21

1.4 A Ordem Econômica e a Constituição Econômica na Constituição Federal de 1988: O direito de propriedade e a sua função socia 30

1.5 Direito Econômico: Objeto 37

1.6 Competência Legislativa em matéria de Direito Econômico 42

CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS E REGRAS NA 'ORDEM ECONÔMICA': CLÁUSULA TRANSFORMADORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO 49

2.1 Regras e Princípios..... 53

CAPÍTULO 3 - PRINCÍPIOS DA 'ORDEM ECONÔMICA'. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS NOS PRINCÍPIOS DA 'ORDEM ECONÔMICA', PARA ASSEGURAR O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO 63

CAPÍTULO 4 A 'ORDEM ECONÔMICA' NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A 'CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA'. A RELAÇÃO DIREITO E ECONOMIA 103

CAPÍTULO 5 - DIREITO ECONÔMICO: O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO 129

5.1 Liberdade de iniciativa econômica: O liberalismo econômico, o Estado Intervencionista e o 'neoliberalismo' 129

CAPÍTULO 6 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASEADOS NOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS: PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA. 137

6.1 Livre concorrência e abuso do poder econômico 138

6.2 Soberania Estatal: Fundamento da Economia 149

CAPÍTULO 7 - DA INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA E A ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MODOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS. 1895

7.1 Modos de atuação do Estado na Economia 196

7.2 Exploração Estatal da atividade econômica: Monopólio Estatal. Empresas Estatais 202

7.3 Atuação no Domínio Econômico 206

7.4 Propriedade de recursos naturais, do solo e do Subsolo 210

7.5 Jazidas, em lavra ou não. Recursos minerais. Propriedade. Exploração e aproveitamento. Autorização e concessão. Limites. Interesse Nacional 212

CAPÍTULO 8 - DIREITO ECONÔMICO 215

8.1 Livre concorrência e abuso do poder econômico. 215

8.2 Intervenção e dirigismo 222

8.3 Intervenção e atuação do Estado no domínio econômico de acordo com a Constituição Federal de 1988 223

CAPÍTULO 9 - SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. DA LEI ANTITRUSTE. EXAME DA LEI ANTITRUSTE OU A LEI DE DEFESA DA 'ORDEM ECONÔMICA' E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. 231

9.1 Processo e procedimento Administrativo no âmbito do SBDC 266

REFERÊNCIA A LEGISLAÇÃO QUE TRATA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA 273

REFERÊNCIAS 277

-

CAPÍTULO 1

DIREITO CONSTITUCIONAL DIGITAL, DIREITO ECONÔMICO. CONCEITO. ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

1.1 Constitucionalismo Digital: Conceitos

O Constitucionalismo Digital é uma corrente contemporânea do pensamento jurídico e político que busca interpretar e adaptar os princípios constitucionais às transformações provocadas pelas tecnologias digitais, sobretudo pela internet, pelas plataformas digitais e pela inteligência artificial.

Definição resumida:

O Constitucionalismo Digital é a evolução do constitucionalismo tradicional frente aos desafios da era digital, propondo a defesa dos direitos fundamentais e da ordem democrática em um ambiente mediado por tecnologias digitais.

Principais características:

Expansão dos direitos fundamentais para o ambiente

digital:

Liberdade de expressão na internet;

Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais;

Direito ao esquecimento;

Direito de acesso à internet como direito fundamental.

Controle do poder das big techs (Google, Meta, Amazon, etc.):

As plataformas digitais passaram a concentrar enorme poder informacional e político;

O constitucionalismo digital busca regular esse poder com base nos princípios da soberania, da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Desafios à soberania e à jurisdição:

Muitas decisões que afetam a liberdade, a privacidade e a cidadania são tomadas por algoritmos privados e empresas multinacionais;

O constitucionalismo digital questiona como garantir controle democrático sobre essas decisões.

Governo digital e participação política:

O uso de tecnologias pode tanto ampliar quanto restringir a participação cidadã;

A digitalização do Estado exige novos limites constitucionais para evitar autoritarismo tecnológico.

Transnacionalidade dos direitos:

A internet desafia os limites geográficos tradicionais;

O constitucionalismo digital busca formas de proteção transnacional de direitos, como via tratados e marcos regulatórios internacionais (ex: GDPR na Europa).

Exemplos práticos de aplicação:

A criação da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais) no Brasil;

O Marco Civil da Internet como uma “constituição da internet brasileira”;

As decisões do STF envolvendo liberdade de expressão e regulação das plataformas;

As discussões em torno do Projeto de Lei das Fake News (PL nº 2630/2020).

Em princípio, pode-se afirmar que o Direito Econômico é um ramo do Direito Público; ao lado dos direitos sociais e culturais, é

considerado direito de segunda geração, ao mesmo Em princípio, pode-se afirmar que o Direito Econômico é um ramo do Direito Público; ao lado dos direitos sociais e culturais, é considerado direito de segunda geração, ao mesmo

1.2 Direito Econômico e Ordem Econômica: Conceitos

Em princípio, pode-se afirmar que o Direito Econômico é um ramo do Direito Público; ao lado dos direitos sociais e culturais, é considerado direito de segunda geração, ao mesmo tempo em que se constitui uma disciplina autônoma, com objeto próprio, que tem como propósito de estudo a chamada *'Ordem Econômica'*, cuja regulamentação se faz pela intitulada *'constituição econômica'*, que apresenta como finalidade maior definir os limites e a forma de intervenção e de atuação do Estado na atividade econômica.

Dessa forma, o Direito Econômico é uma parte ou um ramo do Direito, constituído por um conjunto de princípios e regras; portanto, é um sistema normativo próprio, que apresenta conteúdo de natureza econômica e política, que tem por objeto regular a economia de um país, as relações entre o Estado e os agentes econômicos, as políticas econômicas estatais, a atividade econômica como um todo, para atender aos interesses do Estado, obedecendo a uma ideologia[1] previamente definida, que se manifesta na forma e atuação do modelo de Estado e suas relações com a economia e com todos os agentes econômicos.

Concebe-se ser relevante destacar que, mesmo com o

[1] Ideologia, na concepção mais abrangente do termo, para o conceito que se apresenta neste trabalho tem o significado de um conjunto de idéias particulares de uma classe social ou de um grupo determinado, com o sentido de consciência social, para atender aos interesses dessa classe ou grupo social dominante.

advento das idéias liberais que formam a base do liberalismo econômico, instituídas com os movimentos em favor do liberalismo político, a rigor, em momento algum, o Estado deixou, de forma absoluta, de promover a intervenção na economia, mesmo para assegurar os princípios norteadores da liberdade econômica; isso revela a importância do estudo do Direito Econômico, como parte do Direito Público e forma de harmonizar as relações econômicas, inclusive aquelas de incidência no Direito Privado.

Ao longo do tempo, várias concepções surgiram para definir o Direito Econômico. Algumas, como o direito que trata da intervenção do Estado na Economia, ou ainda, como o direito do interesse econômico geral. Outras concepções expõem o conceito sob o enfoque da natureza privada do Direito Econômico, apresentando-o como o Direito de Empresa, ou de organização das empresas na economia, confundindo-se com o Direito Empresarial e Comercial, portanto, de natureza privada.

Entende-se que a natureza essencial do Direito Econômico é pública e não privada, uma vez que suas normas visam, muito mais, à tutela dos interesses de toda a sociedade e não, de relações individuais. Mesmo quando se faz a proteção, em um caso específico, ao direito individual, o que se busca proteger na totalidade é o interesse de toda a coletividade.

Moncada[2] apresenta a noção de Direito Econômico como sendo todo o direito relacionado à economia. Para o autor o direito econômico apresenta características de direito público e direito privado atinentes à atividade da economia, conferindo a disciplina uma concepção interdisciplinar, o que leva uma parte considerável da doutrina a definir o direito econômico como todo o conjunto do direito relacionado com a economia ou o direito da economia, sendo essa entendida como toda atividade relacionada com a produção, distribuição e consumo dos bens e serviços.

[2] MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. 2003. P. 11.

Assim, Monacada[3] define o direito econômico como o direito público que tem por objeto o estudo das relações entre as pessoas de direito público e de direito privado, sob a perspectiva da intervenção do Estado na atividade econômica. Desse modo, a intervenção do Estado na vida econômica representa a idéia fundamental do conceito de Direito Econômico.

Sobre o conceito de Direito Econômico, Vidigal o define como:

> O conjunto das instituições e preceitos jurídicos que ordenam já a direção das atividades econômicas pelo Estado, já a intervenção estatal na economia, já o relacionamento entre os agentes dos mercados, quando se marca por um clima de dominação. O direito econômico é a disciplina jurídica de atividades desenvolvidas nos mercados, visando a organizá-los sob a inspiração dominante do interesse social.[4]

Para Carvalhosa, o Direito Econômico é:

> O conjunto de normas que com o conteúdo de economicidade, vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à 'Ordem Econômica', conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos, objetivos estes assegurados

[3] MONACADA, op. cit., p. 11.

[4] VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. 1977, p. 44.

pelo princípio constitucional da livre iniciativa.[5]

Souza afirma que o Direito Econômico é:

O conjunto de normas de conteúdo econômico que, pelo princípio da economicidade, assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos definidos pela ideologia adotada na ordem jurídica e que regulamenta a atividade dos respectivos sujeitos na efetivação da política econômica posta em prática para a concretização daquela ideologia.[6]

Nesse sentido, ainda é Souza que conceitua o Direito Econômico como:

> Um ramo do Direito, composto por um conjunto de normas de conteúdo econômico e que tem pro objeto regulamentar as medidas de políticas econômicas referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as, pelo princípio da economicidade, com a ideologia adotada na ordem jurídica. Cuida-se de um ramo do Direito que se aplica a regulamentar as medidas de política econômica que adota uma linha de maior vantagem nas suas decisões.[7]

[5] CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p.361.

[6] SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 1977, p. 92.

[7] SOUZA, Washington Peluso Albino. **Direito Econômico**. 1980, p.3.

Para Fonseca:

> O Direito, enquanto ciência, se dedica ao estudo das relações intersubjetivas, sob o aspecto normativo. Mas há ainda um outro aspecto, o formal, a configurar e delimitar cada campo de estudo. Como visto acima, o Direito pode estudar as normas que regem aquelas relações sob vários prismas. Um deles é o da direção da política econômica pelo Estado. Será este aspecto que identificará e distinguirá o Direito Econômico dos demais ramos do Direito.[8]

Observa ainda Fonseca que:

> É preciso salientar que o Direito Econômico pode ser visto que sob o aspecto de um sistema de normas, quer sob o da disciplina jurídica que estuda aquele sistema. Tem-se, assim, no primeiro ângulo, o aspecto da linguagem do direito, e, no segundo, o da metalinguagem, ou também da linguagem do jurista.[9]

Conclui, ainda, Fonseca:

> O Direito Econômico será, assim, constituído por

[8] FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**.2004, p. 11.

[9] op.cit. p. 19.

> um corpo orgânico de normas condutoras da interação do Poder Econômico Público e do Poder Econômico Privado e destinado a reger a Política Econômica.[10]

Pela relevância que apresenta, pode-se dizer, em linhas gerais, que o Direito Econômico é um sistema normativo, ou ainda, um conjunto de normas, podendo ser examinado, também, como um ramo do Direito que estuda a disciplina da economia, sua organização, o sistema econômico e o regime econômico, a participação e a condução, pelo Estado, da economia, a inter relação entre os agentes econômicos, na esfera do setor privado e do público e, ainda, a utilização das políticas públicas para atingir os fins desejados pelo Estado.

Por sua vez, Aguillar, define o Direito Econômico como o conjunto sistemático de normas das políticas públicas na economia e o estudo dessas normas:

> Direito Econômico é o direito das políticas públicas na economia. É o conjunto de normas e institutos jurídicos que permitem ao Estado exercer influência, orientar, direcionar, estimular, proibir ou reprimir comportamento dos agentes econômicos num dado pais ou conjunto de países. Direito Econômico é também a expressão que designa o estudo dessas normas e institutos jurídicos [11].

[10] op. cit. p. 19.

[11] AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2006. p. 1.

Comparato[12] define o Direito Econômico como ramo do Direito formado por um conjunto de normas jurídicas que dispõem sobre o ente Estatal, para a execução de sua política econômica, traduzindo, na própria norma, a política econômica como instrumento de intervenção na economia e reproduzindo, como norma, os instrumentos da política econômica do Estado.

Diante disso, o conceito mais acolhido pela doutrina é aquele que considera o Direito Econômico como sendo:

> O conjunto de normas e princípios jurídicos, que regulam a intervenção e a atuação do Estado na atividade econômica, ou na vida econômica, através das políticas públicas, das empresas estatais, das normas reguladoras do mercado e todas as normas que disciplinam a cooperação humana e suas atividades de produção e circulação, a distribuição dos produtos e serviços, da riqueza, as relações de consumo e os meios necessários para realização desses objetivos através das políticas econômicas previamente definidas para atender aos objetivos do Estado, previstos na sua Constituição, bem como o estudo das normas jurídicas que regulam toda a atividade econômica de um país. Sua natureza é indiscutivelmente pública pelo interesse dominante que existe do Estado em assegurar o bem-estar da sociedade através da atividade econômica pública e também pela atividade privada.[13]

Assim, o marco regulatório da denominada 'Ordem Econômica', ou da atividade econômica, em sentido amplo, é

[12] Citado por GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de 1988** (interpretação e critica).2000. p. 174.

[13] GRAU, op. cit, p. 174.

encontrado nas normas e nos princípios do Direito Econômico. Ao conjunto de todas as normas que regulam a atividade econômica, as relações entre os agentes econômicos e o Estado, a forma de atuação e de intervenção do Estado na economia, à implementação de políticas públicas denomina-se de Direito Econômico que, ao lado dos direitos sociais e culturais, se identificam como 'direitos de segunda geração' (RTJ 164/158-161 – Ministro Celso de Melo – STF).

1.3 Ordem Econômica: Constituição Econômica - Conceitos

Pode-se afirmar com segurança que a 'Ordem Econômica' corresponde a uma parcela da ordem jurídica, considerando-se que a ordem jurídica corresponde ao conjunto de normas e princípios jurídicos, que sistematizam a ordem pública, a ordem privada, uma ordem social e, finalmente, uma 'Ordem Econômica'.

Para Weber[14], a ordem jurídica é uma esfera do mundo do dever ser, enquanto a 'Ordem Econômica' constitui-se a esfera do mundo real, do ser. Assim, depara-se com duas dimensões que se complementam para formar um todo concretizado no mundo do ser. A existência de um é pressuposto essencial da eficácia do outro.

Como resultado, a denominada *'Ordem Econômica'* é o modo de ser, na realidade, de uma economia, corresponde ao mundo concreto da economia. Daí,torna-se possível inferir que a 'Ordem Econômica' corresponde ao marco regulatório, o real, da economia, no nível constitucional e infraconstitucional.

A expressão pode ser entendida em várias concepções de

[14] WEBER. Max. **Economia y Sociedad**, v. 1, p 251.

acordo com os ensinamentos de Moreira.[15] Para este autor, ela pode ser definida como "um modo de ser empírico de uma determinada economia concreta, e expressão de um conceito de fato, exprime uma realidade econômica como um conjunto de fatos". Pode apresentar o significado de *"é uma parcela da ordem jurídica da economia"*. Da mesma forma, a expressão 'Ordem Econômica' pode designar o conjunto de todas as regras de conduta, que restringe e regulamentam o comportamento dos agentes econômicos, é o sentido da ação econômica.

Por sua vez, a 'Ordem Econômica' representa um conjunto de princípios e de regras jurídicas, portanto, é o próprio sistema normativo, que regula matéria de interesse da economia, acentuando os interesses públicos e, também, os privados, suas relações recíprocas, sistema a partir do qual se define e delimita o modelo ou o sistema econômico de um país, à luz da ideologia estatal dominante.

Todo o sistema normativo que compõe a chamada 'Ordem Econômica' encontra os limites de sua afirmação na denominada 'Constituição Econômica', que pode ser definida como um conjunto de normas e de institutos que definem e delimitam o sistema econômico, estabelecendo normas definidoras da organização e funcionamento da economia, definindo os princípios e regras para a economia. Nesse sentido, a 'Constituição Econômica' representa a formulação normativa da 'Ordem Econômica', cujos dispositivos se encontram dispersos em vários capítulos da Constituição Política do Estado.

Ensina Cretella Junior,[16] que a expressão '*Ordem Econômica'* representa um conjunto de princípios e regras que regulam matéria e conteúdo compatível com a Constituição, formando regras jurídicas rígidas, resguardando os interesses da economia contra quaisquer

[15] MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do Capitalismo.** 1973.

[16] CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 1993, p. 3948-3949.

que sejam os outros interesses atentatórios aos seus preceitos, quer sejam de particulares ou do próprio Estado, constituindo-se em poder-dever do Estado garantir a aplicação e o respeito aos seus fundamentos econômicos estabelecidos na 'Ordem Econômica'.

Como observa Grau,[17] a 'Ordem Econômica' representa uma parte da ordem jurídica, portanto, compreende um subsistema normativo, formado por regras e princípios, que formulam a Constituição Econômica, assumindo um papel de relevância, quando se refere a uma 'Ordem Econômica' constitucional. Desse modo, a *'Ordem Econômica'* pode ser entendida como o modo de ser de uma economia e representa o conjunto de todas as normas que regulam o sistema econômico.

Nesse sentido, Grau, assinala que:

> Ainda que se oponha à ordem jurídica a 'Ordem Econômica', a última expressão é usada para referir a uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas – compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma 'Ordem Econômica', uma ordem social... A expressão 'Ordem Econômica' é incorporada à linguagem dos juristas, sobretudo, mas também do direito, a partir da primeira metade do século. Sob esse uso de expressão nova, repousa indiscutida, e como fora indiscutível, a afirmação de que a 'Ordem Econômica' (mundo do ser) do capitalismo foi rompida. Para tanto contribuiu, com enorme eficácia a Constituição de Weimar, de 1919. Entre nós, a referência a uma 'Ordem Econômica' e social nas Constituições de 1934 até a de 1967, salvo a de 1937, que apenas menciona a ''Ordem Econômica'' e a duas ordens, uma 'econômica', outra 'social' na Constituição de 1988, reflete de

[17] GRAU, Eros Roberto. *A* '**Ordem Econômica' na Constituição de 1988**: interpretação e critica).2000. p. 43.

> modo bastante nítido a afetação ideológica da expressão.[18]

O conceito de 'Ordem Econômica' pode significar, também, o ambiente real, físico, concreto, onde ocorrem às diversas relações entre os agentes econômicos, na produção e circulação de bens e serviços, regidos por normas jurídicas próprias.

Dada a complexidade das relações econômicas, passa a exigir do Estado uma atuação conjunta no contexto da atividade econômica, como o objetivo de tutelar as relações econômicas entre os diversos agentes, definindo limites e instrumentos de controle, sob o pálio das normas constitucionais econômicas, a qual recebe a denominação, na doutrina, de 'Ordem Econômica' constitucional.

Desse modo, a 'Ordem Econômica' pode ser compreendida como o conjunto de regras, princípios e valores, que passam a assegurar, de forma harmônica, os elementos essenciais do sistema econômico como um todo, definindo e formulando a organização da economia.

Para Scott, a 'Ordem Econômica' é definida como:

> A expressão pode ser entendida como o 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 de funcionamento da economia. A expressão conduz, assim, tanto a uma concepção teórica, um modelo econômico idealizado, seja como conjunto de normas de qualquer natureza relacionadas à normatividade da ação econômica,

[18] GRAU, op. cit.p.43 e 48-49.

ou como a própria 'Ordem Econômica' jurídica.[19]

A luz desse entendimento, a 'Ordem Econômica' corresponde ao conjunto de normas que regulam o mercado, sendo este compreendido como o *locus* no qual se concretizam as relações econômicas, a produção, a comercialização e todas as suas formas de transações com bens e serviços, o que representa, sob o ponto de vista da economia, o conjunto da oferta e da procura por serviços e produtos e onde se formam os preços, pela denominada força de mercado. Nele, ocorrem todas as formas de negociações e sua produção. Ao conjunto de normas que regulamentam o mercado pode-se denominar de 'Ordem Econômica'.

Para Toledo[20] o conceito de 'Ordem Econômica' pode ser examinado tanto sob o aspecto da materialidade, quanto da juridicidade; no primeiro aspecto, a materialidade a 'Ordem Econômica' corresponde ao conjunto de elementos que interagem na economia, independentemente do regramento normativo. Assim, estão incluídas as forças de mercado da oferta e da demanda, na formação de preços, quanto à produção e à circulação de produtos e serviços, independente do caráter normativo que regula a atividade econômica. Sob o aspecto da juridicidade, a 'Ordem Econômica' é entendida como o regramento normativo da economia, ou ainda, o conjunto de normas que regulam a atividade econômica.

Assim, o regramento jurídico da economia corresponde, sob o ponto de vista da juridicidade, ao que se denomina de 'Ordem Econômica'. O conjunto de normas que delimitam o mercado, limitando, do mesmo modo, a ação dos agentes econômicos, estabelecendo uma forma de organização da economia e definido

[19] SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**: Estado e Normatização da Economia. 2000. p. 31-32.

[20] TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia**. 2004. p. 108-110.

regras de conduta para os agentes econômicos em suas relações no âmbito da esfera da economia, forma o que se denomina de 'Ordem Econômica'.

Prado [21] afirma que o conceito de 'Ordem Econômica' tem natureza ambígua. Para esse autor, a 'Ordem Econômica' pode ser expressa de forma ampla ou de forma estrita. No sentido amplo, a expressão 'Ordem Econômica' pode ser conceituada como a regulação jurídica da intervenção do Estado na economia. No segundo caso, a 'Ordem Econômica' é entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

É na 'Ordem Econômica' que se opera a conversão do regime econômico em ordem jurídico-econômica, tendo, por essa finalidade, estabelecer os princípios e regras que informam o conjunto de normas que regerão as relações econômicas e a atividade econômica, com o fim de promover o bem-estar social. A regência dessas relações se dá por dois prismas: a ordem jurídico-econômica, que aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; a ordem jurídico-econômica procura criar um novo regime econômico. Daí, o grande número de normas programáticas existentes nas constituições modernas, que têm por finalidade dar outra forma à ordem política, já adotada anteriormente, formando o que se denomina de constituição econômica, a qual, segundo Canotilho, não é uma reprodução pura e abstrata de um sistema econômico ou de uma 'Ordem Econômica', mas é entendida nos seguintes termos:

> Utilizaremos aqui o temo constituição econômica no seu sentido restrito, ou seja, o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à

[21] PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**: 'Ordem Econômica', relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. 2007, p. 37.

> conformação da ordem fundamental da economia. A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático, nas suas dimensões políticas e econômicas, consagrou uma constituição econômica que embora não reproduza um sistema econômico abstrato e puro é fundamentalmente caracterizada pela idéia de democratização econômica e social.[22]

Bonavides, sobre o tema, faz a seguinte consideração:

> Já houve quem afirmasse que as novas Constituições são verdadeiros planos de política econômica, o que demonstra a excepcional importância atribuída pelo constitucionalismo moderno a uma organização solida das finanças públicas.[23]

Continua o referido autor:

> As Constituições tendem mais a ser Cartas econômico-social do que políticas, como haviam sido em épocas passadas, escreve Mário Gonzalez, acrescentando que, no Estado moderno, a política clássica, de caráter teórico-especulativo, se transformou, essencialmente, numa política prática de critérios econômicos e

[22] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.**1992. p. 480.

[23] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 2004, p. 32.

sociais.[24]

Desse modo, entende Canotilho,[25] que uma política econômica ou social deve ser a concretização dos princípios constitucionais, que formam a constituição econômica. Para o mencionado autor, os limites para a implementação de políticas econômicas e sociais encontram-se nas linhas definidas pela constituição econômica.

A Constituição Econômica, ao lado da chamada Constituição Política, aglutina os direitos e deveres dos agentes econômicos, os limites da intervenção do Estado no domínio Econômico, assegurando os elementos definidores do sistema econômico, seu funcionamento e sua organização, formando uma determinada 'Ordem Econômica'.

Moreira [26] ensina que a chamada 'Constituição Econômica' pode ser definida como um conjunto de preceitos e normas de instituições jurídicas que asseguram o limite de um sistema econômico. É ela que determina tanto a forma, quanto o modelo de organização da economia de um país, para assegurar a 'Ordem Econômica'. Entretanto, a lógica desse modelo econômico capitalista é que, na realidade, estabelece os preceitos determinados pela ordem constitucional econômica, havendo uma inversão dessa mesma ordem.

Vaz, crítico do posicionamento de Moreira, assim define a Constituição Econômica:

[24] BONAVIDES, **op. cit,** p. 32.

[25] CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.**1992. p. 480.

[26] MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição.**1974, p. 34.

> A constituição econômica é, pois, uma parte da constituição política, e, o seu objeto não se confunde com a ordenação total da sociedade. A constituição econômica é, no entanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não propriamente da Constituição. Concluindo, diremos que não é a expressão constituição econômica que, de per si, se torna sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queria referir. De resto, a expressão em si mesma fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política.[27]

Bulos[28] define a Constituição Econômica como sendo parte integrante da constituição total, que tem o objetivo *"de estatuir preceitos reguladores dos direitos e deveres dos agentes econômicos, delimitando, assim, o regime financeiro do Estado"*. Para o mencionado autor, a 'Ordem Econômica' e financeira corresponde ao conjunto de normas constitucionais que tratam da regulação monetária dos indivíduos entre si e entre estes e o Estado. Conclui que o objeto da 'Ordem Econômica' é a organização dos agentes econômicos ligados à circulação dos bens e serviços produzidos pela economia.

Nesse sentido, Baracho, assinala que

> A relação entre a Constituição e o sistema Econômico ou mesmo o regime econômico, é freqüentemente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria

[27] VAZ, Manoel Afonso. **Direito Econômico:** a 'Ordem Econômica' Portuguesa. 1990, p.90.

[28] BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 2007. p. 1236.

> econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma Constituição econômica.[29]

1.4 A Ordem Econômica e a Constituição Econômica na Constituição Federal de 1988: O direito de propriedade e a sua função social

Considera-se indiscutível ser a Constituição Federal de 1988, essencialmente, uma Constituição do Estado Social. O texto constitucional de 1988 ganhou um título em que se declaram os princípios fundamentais que informarão o Estado Democrático de Direito. Aí estão enumerados, no artigo 1°., os princípios que devem servir de base para a ordem política, mas também, e essencialmente, devem permear todo o conteúdo da constituição econômica. Dentre esses fundamentos, vale enfatizar o da soberania, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e o da preservação e incitamento dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Como Estado Social, representa, na realidade, uma transformação do Estado Liberal, conservando seus fundamentos no capitalismo.

Sobre a noção de Estado Social, relevante é o ensinamento de Bonavides:

> A medida, porém, que o Estado tende a desprender-se do controle burguês de classe, e

[29] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, nº 19, p. 11. Citado por Alexandre de Moraes, in **Direito Constitucional.** 2007, p. 785.

> este se enfraquece, passa ele a ser, consoante as aspirações de Lorenz Von Stein, o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce ai a noção contemporânea de Estado social.[30]

Fonseca[31] afirma que a Constituição de 1988, que foi originária do rompimento com um período anterior autoritário, permitiu a constitucionalização de uma ideologia nova nos campos econômico e social, quando o valor social do trabalho foi elevado a fundamento do Estado Democrático de Direito, restando estabelecido como finalidade da 'Ordem Econômica' assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, em contraposição aos fundamentos da ordem jurídica anterior.

Sob esse mesmo ponto de vista, Bonavides afirma que:

> [...] não é possível compreender o constitucionalismo do Estado social brasileiro contido na Carta de 1988 se fecharmos os olhos à teoria dos direitos fundamentais, ao princípio da igualdade, aos institutos processuais que garante aqueles direitos e aquela liberdade e ao papel que doravante assume na guarda da Constituição o

[30] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 1993, p. 181.

[31] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** 2004, p. 84.

Supremo Tribunal Federal.[32]

Da mesma forma, o artigo 3°. da Constituição Federal, denominada *cláusula transformadora*, menciona os objetivos que devem nortear a ação das políticas a serem adotadas. Tais objetivos constituirão as metas que se propõem para serem alcançadas: a) construir uma sociedade livre, justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalidade; d) reduzir as desigualdades sociais e regionais; e) promover o bem de todos, sem preconceitos de ordem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No âmbito das relações internacionais, a Constituição de 1988, no artigo 4°., estabelece também princípios que devem ser observados e implementados, quando da elaboração de políticas públicas. Dentre eles, pela sua importância para a adoção de políticas econômicas, merecem ser citados o da independência nacional, o da prevalência dos direitos humanos, o da autodeterminação dos povos, o da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

O parágrafo único do artigo 4°. da Constituição Federal (BRASIL, 1988) coloca como objetivo e como princípio do Estado, a busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Tais princípios são verdadeiros objetivos e deverão estar presentes na análise e interpretação de todos os dispositivos constitucionais, pois a 'constituição econômica' não se restringe aos artigos constantes do Título VII, 'Da Ordem Econômica e Financeira', mas tem sua expressão em diversos outros capítulos da Constituição.

[32] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 2004, p. 339.

É a partir do artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988) que se consagra a denominada ‘Ordem Econômica’ chamada de ‘constituição econômica’, que consagrou a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, bem como a garantia de existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

Encontram-se enumerados no mencionado artigo 170, os princípios-valores que devem reger a ‘Ordem Econômica’ brasileira, quais sejam: 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, assegurando, ainda mais, o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente da autorização de órgão público, deixando a marca indelével do capitalismo em nossa constituição econômica.

Atente-se para um fato relevante: no enunciado do artigo 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) existem princípios que são valores, como por exemplo, o princípio da soberania nacional, a propriedade privada, a livre concorrência.

Existem outros princípios, na ordem constitucional econômica, que se constituem verdadeiras intenções políticas, como por exemplo, o princípio da redução das desigualdades regionais, da busca do pleno emprego, do tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte e o princípio da função social da propriedade e, finalmente, aparecem princípios que são verdadeiras ações políticas de governo, como o que trata da defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente.

Indaga-se: a Constituição Econômica no Brasil restringe-se exclusivamente à denominada ‘Ordem Econômica’ da Carta da República? Não. A Constituição Econômica corresponde ao conjunto de normas que se destinam a regulamentar a atividade econômica dispersa no texto Constitucional e no ordenamento jurídico infraconstitucional.

Afirma Fonseca[33] que os pressupostos de solidez da constituição política encontram-se nos fundamentos da Constituição Econômica e da 'Ordem Econômica' como um todo. As duas, a constituição econômica e a política se imbricam formando um todo, que conduzem a uma função transformadora da sociedade. Desse modo, não se pode restringir a Carta da República à Constituição Econômica.

Econômico (a propriedade) e o Social (a função social da propriedade) se complementam em um Estado Social. Assim, no século XIX os doutrinadores faziam referências à necessidade de instituição de um Código de Direito Econômico que contemplasse não somente a legislação social para a proteção de interesses dos operários, mas uma legislação específica para a agricultura e indústria. A defesa da propriedade, historicamente, é marcada no centro da ordem jurídica capitalista, inclusive no Estado Social.

A ideia de organização dos mercados tem origem na própria doutrina do catolicismo social, com o objetivo de ordenar a competição no mercado capitalista. Entretanto, somente no início do século XX é que efetivamente surgiram as primeiras linhas que procuravam delimitar o campo de atuação do Direito Econômico, cujo objetivo era, basicamente, assegurar a competição no mercado, resguardando o direito de propriedade.

A doutrina do Estado Liberal tem como pressuposto fundamental a não participação do Estado na vida ou na atividade econômica, devendo editar as normas básicas para assegurar a plena liberdade dos agentes econômicos, para garantir os preceitos fundamentais da livre iniciativa e da livre concorrência, como pressupostos essenciais do mercado, resguardando a propriedade privada, pilastra do sistema capitalista, ao lado da livre concorrência e da livre iniciativa. No Estado Social, a propriedade privada deve ter assegurada a sua função social.

[33] FONSECA, op. cit.p. 84.

O objetivo da regulação mínima era evitar a formação de monopólios, controlar a elevação arbitrária de preços e a artificial provocação de escassez de produtos, como mecanismos de controle do mercado. Em outras palavras, sempre se buscou algum tipo de solução jurídica para a contenção do controle dos mercados por estruturas oligopolistas, não somente na atividade industrial, mas também na comercial.

No século XIX houve o surgimento de grandes estruturas monopolistas, favorecidas com as inovações tecnológicas, exigindo dos governos uma atuação ativa visando, por intermédio de uma legislação específica, mecanismos para o fortalecimento dos mercados e da concorrência. A necessidade de criar mecanismos de controle fez surgir, sob o manto de uma pseudo-justiça social distributiva, uma estrutura normativa que, de certo modo, abalou o instituto da propriedade privada e da liberdade de contratar.

É de Augusto Comte[34] a formulação da ideia de que a propriedade deveria apresentar uma função social, limitativa da liberdade de contratar como forma de assegurar o equilíbrio entre as partes contratantes. Assim, surgiram leis e jurisprudências criando limitações à chamada autonomia de vontade, surgindo o contrato dirigido, ou direção contratual em que o Estado estabelecia limites para a liberdade de contratação.

A propriedade é um direito natural, absoluto, exclusivo e irrevogável, como condição da existência e da liberdade do ser humano. O direito de propriedade, em seu sentido estrito, confere ao dono ou proprietário da coisa o direito de usá-la, ou *jus utendi*, que corresponde ao direito de uso da cosia como bem entender: o direito de gozar, ou *jus fruendi*, que representa o usufruir os benefícios que a coisa lhe pode oferecer, o direito de dispor, ou *jus abutendi*, também conhecido como *jus dispoendi*, como o direito de consumir a coisa, podendo-se, assim, entender, alienar ou gravar em ônus real, no caso de bens imóveis, em hipoteca, e, finalmente, o direito de reaver a coisa de quem injustamente a possua, que corresponde ao

[34] COMTE, Auguste. **Discurso sobre o espírito positivo**, 1997.

jus rei vindicatio, para que possa reivindicar a coisa por meio da ação reivindicatória.

O direito de propriedade, em seu sentido amplo, ou direito pleno de propriedade ou ainda, propriedade perfeita, considerado como o direito de usar, gozar, reaver e dispor da coisa começou a sofrer algumas restrições com o instituto da função social da propriedade, para assegurar o equilíbrio nas relações entre os diversos agentes econômicos. Desse modo, o direito de propriedade perdeu, em parte, o seu caráter de absoluto, cedendo aos interesses públicos, com a instituição da desapropriação, da requisição, do tombamento e, no âmbito do direito privado, pelo instituto do direito de vizinhança, mas especialmente pela exigência de atender a sua função social.

No caso especificamente da propriedade rural, a função social da propriedade é cumprida quando aquele imóvel atende de forma simultânea aos seguintes requisitos estabelecidos no artigo 186 da Constituição Federal (BRASIL, 1988): a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais; c) preservação do meio ambiente; d) obediência as normas que regulamentam as relações trabalhistas; e) forma de exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, lembrando que a desapropriação para fins de reforma agrária é de competência exclusiva da União.

Por outro lado, a propriedade urbana atinge a sua função social quando se encontra utilizada de acordo com as normas que regulamentam o seu uso e a sua finalidade, definidas no plano diretor do Município em que se localiza, contribuído para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, como forma de garantir o bem-estar da coletividade, conforme dispõe o artigo 182 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

1.5 Direito Econômico: Objeto[35]

Como direito de segunda geração[36], ao lado dos direitos sociais e culturais, o objeto de estudo do Direito Econômico é, sem sobra de dúvidas, um dos aspectos mais relevantes de sua análise a matéria de sua investigação. Cada ramo do conhecimento humano tem seu objetivo próprio de estudo. No caso do Direito Econômico, o seu objetivo é a normatização da economia social, uma vez que considera o homem um ser gregário para a satisfação de suas necessidades essenciais. O homem convive em sociedade para assegurar a sua própria sobrevivência. As relações entre o econômico e o social, quase sempre, são contraditórias ou divergentes, a disciplina jurídica do econômico torna-se essencial para assegurar condições mínimas de convivência entre os interesses econômicos vis a vis os interesses sociais.

Assim, o Direito Econômico tem como objetivo o controle da produção, distribuição, comercialização e o consumo da riqueza. Logo, tanto nas atividades relacionadas à produção industrial, agrícola e mineral, os efeitos do crescimento econômico sobre o meio ambiente, quanto ao comércio, a oferta e a demanda, a formação do preço de mercado, a política de crédito, os transportes, o consumo, bem como a atuação do Estado na economia para assegurar os princípios da 'Ordem Econômica', são objetos do Direito Econômico, cuja finalidade maior é buscar a harmonia entre os interesses conflitantes do econômico e o social, numa economia de mercado.

[35] Objeto aqui é entendido como a matéria, o assunto, aquilo sobre o que incide a investigação do Direito Econômico.

[36] A doutrina classifica os direitos fundamentais em primeira geração (direitos civis e políticos) enquanto destacam o princípio da liberdade. Segunda geração (econômicos, sociais e culturais) acentuando o princípio da igualdade e de terceira geração (direitos coletivos) resguarda os direitos de solidariedade e de fraternidade, incluindo o direito ambiental, qualidade de vida, progresso, dentre outros

Por outro lado, pode-se afirmar que as normas vigentes no âmbito do Direito Econômico têm por objeto a disciplina da economia como um todo. A norma jurídica, nesse caso, tem como objetivo, não somente modificar o comportamento dos agentes econômicos como, efetivamente, dirigir seus atos para uma realidade econômica que não representa os interesses do agente, isoladamente, mas de toda a sociedade, com ênfase ao coletivo em detrimento do individual.

O objeto do Direito Econômico, por fim, representa a condução da realidade econômica, através dos instrumentos de políticas econômicas do Estado, de acordo com a ideologia do governo, que tem como objetivo a promoção da organização da economia, definindo o sistema econômico, o controle, a condução da atividade econômica pelo poder estatal, visando, em última análise, ao equilíbrio do sistema econômico e à regulação das formas de atuação do Estado na economia, pelas políticas públicas.

Para Pereira[37], o objeto do Direito Econômico é, exatamente, a disciplina ou o ordenamento da economia social, com a cooperação dos homens para satisfazer todas as suas necessidades de consumo. Por isso, as normas de Direito Econômico têm por objetivo a disciplina das atividades de mercado. Para Fonseca[38], o objeto do Direito Econômico é o "corpo orgânico de normas condutoras das inter-relações do Poder Econômico Público e do Poder Econômico Privado, destinado a reger a Política Econômica". Na definição de Moncada[39] o "objeto do Direito Econômico é o estudo das relações entre os entes públicos e privados, na perspectiva da intervenção do Estado na vida econômica".

Torna-se relevante destacar que o Direito Econômico pode ser entendido como o sistema de normas que têm como objeto a disciplina jurídica que se dedica ao estudo do sistema econômico.

---

[37] PEREIRA, Afonso Ensila**. O Direito Econômico na Ordem Jurídica.** 1980.p.89.

[38] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2004. p. 18-19.

[39] MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. 2003. p. 15.

Em vista disso, o objeto de estudo do Direito Econômico é exatamente o sistema normativo que regula a organização da economia e o sistema econômico como um todo, bem como a condução e o controle da economia com a intervenção e atuação do Estado, com o objetivo de assegurar o equilíbrio entre os agentes econômicos.

Por conseguinte, o objeto do Direito Econômico é o estudo do conjunto das normas que regulamentam a interação entre o Estado e a atividade privada. Pode-se afirmar, assim, que o Direito Econômico tem como objeto a disciplina jurídica das atividades desenvolvidas nos mercados, com o objetivo de organizar a economia para atender aos interesses sociais.

Fonseca[40], quando apresenta o objeto do Direito Econômico, aponta-o com uma nova forma relação entre o público e o privado, o que passa a exigir um conjunto de normas jurídicas que têm o objetivo de disciplinar essa nova relação, entre o Poder Econômico Público, o Poder Econômico Privado que se inter-relacionam para a regulamentação das Políticas Econômicas. Desse modo, o objeto do Direito Econômico é o sistema de normas ou a disciplina jurídica que regulam as relações econômicas entre os agentes público e privados.

Pode-se afirmar que o Direito Econômico surge como consequência imediata das relações cada vez mais próximas da economia com o direito, ficando numa área entre os institutos do direito público e o direito privado. Não se pode perder de vista a natureza pública que tem o direito econômico, entretanto, alguns autores examinam a sua concepção à luz do direito privado, especialmente frente aos institutos da propriedade, os contratos, a gestão dos negócios empresariais, aspectos que são essencialmente de natureza privada.

[40] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2004. p. 18-19.

Para Aguillar[41],

> Assim, a determinação do objeto de estudo do Direito Econômico é aqui proposto nos seguintes termos. O Direito Econômico estuda o papel que o Estado desempenha na organização jurídica da estrutura do modo de produção econômica, notadamente na implementação de políticas públicas. Daí o seu caráter de direito público em detrimento do direito privado.

O direito público pode ser entendido como o conjunto de normas que regulamentam a organização e as relações das pessoas públicas com os interesses da Administração Pública, cujo marco é sempre o interesse público. O direito privado, por outro lado, representa o conjunto de normas que tratam das relações entre os particulares entre si, a princípio, sem um interesse público. As normas de direito público apresentam características da imperatividade e da inafastabilidade.

Entende-se que o debate não é relevante porque existe uma tendência natural de que todas as relações privadas e os interesses particulares acabam se submetendo aos institutos do interesse público, para assegurar a harmonia das relações sociais, com a publicização dos direitos.

Moncada afirma que:

> Nos dias atuais o direito público e o direito privado não correspondem mais a domínios de aplicação perfeitamente distintos. Pode-se dizer que não há, em rigor, domínio subtraído do direito público. A

[41] AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 2006. p. 28.

> publicização de toda a vida econômica e social, anteriormente só acessível ao direito privado, ficou a dever-se a profundidade e a amplitude da intervenção estadual nos nossos dias.[...] na verdade, a intervenção estadual no domínio da economia fez cair por terra os critérios clássicos da distinção entre o direito público e o direito privado.[42]

A respeito do tema Moncada[43] afirma que o direito econômico é fundamentalmente direito público, que tem como objeto a intervenção do Estado na atividade econômica. Na concepção do autor citado, o direito econômico é predominantemente público não somente pela sua finalidade, mas especialmente pelas normas que fazem parte de seu contexto e os instrumentos ou os meios jurídicos que corporificam a intervenção do Estado na vida econômica em sua expressão maior do *jus imperii* do Estado.

Por certo, as normas de Direito Econômico, em função de sua grande relevância social e pelo interesse público que tutela, tem aplicação imediata na ordem constitucional vigente. A principiologia que norteia a 'Ordem Econômica' na Constituição Federal de 1988 não deixa dúvida quanto à abrangência social das normas de conteúdo econômico. Quando a Constituição traz a valorização do trabalho humano como forma de garantir a todos uma existência digna e traz como regra a justiça social, ao lado da defesa do consumidor e a defesa do meio ambiente, são exemplos nítidos e evidentes do conteúdo social que tem a 'Ordem Econômica' brasileira para assegurar o desenvolvimento nacional.

Desse modo, pode-se afirmar com convicção que o desenvolvimento nacional é consequência do aprimoramento constante da ordem econômica, por conseguinte, da ordem social e

[42] MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. 2003. P.30.

[43] MONCADA, op. cit., p. 30.

jurídica. Tem-se, como resultado, a melhoria nas condições de saúde e de educação, a preservação do meio ambiente, melhor distribuição de renda, geração de emprego, enfim, o bem-estar geral de toda a população.

1.6 Competência Legislativa em matéria de Direito Econômico

Prevê o artigo 174 da Carta da República (BRASIL, 1988) que o Estado exercerá, como agente normativo e regulador da atividade econômica, as funções de fiscalização, de incentivo e de planejamento, observando que a função relacionada ao planejamento é determinante para o setor público e, indicativa para o setor privado.

Diz o artigo 174 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> **Artigo 174.** 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 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.
>
> § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.
>
> § 3º O Estado favorecerá a organização da

> atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros.
>
> § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o artigo 21, XXV, na forma da lei.

Desse modo, o Estado estando afastado de atuar diretamente sobre a atividade econômica, encontra-se com o poder de normatizar e regular essa mesma atividade econômica, nos limites que forem fixados na lei, obedecido os princípios da 'Ordem Econômica', relacionados no artigo 170 da própria Constituição Federal.

Por conseguinte, a regulamentação da atividade econômica, ou da 'Ordem Econômica', conforme se encontra estipulado no artigo 149 da Constituição Federal, é competência exclusiva da União, inclusive para instituir a denominada Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, que tem caráter tributário.

Nos termos do inciso I, do artigo 24 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a competência para legislar sobre direito tributário, financeiro, *econômico* e urbanístico é concorrente com a União, Estados e Distrito Federal.

> Artigo 24- Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico.

Na legislação concorrente, todos os entes federativos, inclusive os municípios, que não estão expressamente previstos no *caput* do artigo 24, da Carta da República, têm a competência para legislar sobre as matérias relacionadas no mencionado dispositivo constitucional.

Cabe à União a elaboração de normas gerais e aos outros entes da federação as normas de caráter suplementar que detalhem e especifiquem as normas genéricas da União. Não havendo atuação legislativa por parte da União, os entes federados terão capacidade legislativa plena até que sobrevenha a norma da União, suspendendo os efeitos da norma expedida pelo ente federado.

No contexto da legislação concorrente, a competência da União restringe-se às normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados. No caso de inexistência de leis federais sobre a matéria, os Estados exercem a competência legislativa plena.

Atente-se para o fato de que a suspensão da norma traz efeito diverso da revogação, embora haja semelhança entre os dois institutos, no sentido de que ambos trazem o fim da vigência da norma. Havendo os entes federados legislado plenamente sobre determinada matéria prevista no dispositivo, caso a União expeça norma genérica, ficará suspenso o efeito da norma originária do ente federado. Havendo a revogação da norma da União, aquela proveniente retorna à sua vigência imediatamente, sem a necessidade de uma terceira norma repristinadora.

Assim, as normas de Direito Econômico podem ser editadas na competência Federal, Estadual e Municipal. As normas de competência em Direito Econômico são limitadoras das atribuições dos entes da federação no âmbito da regulação econômica, obedecendo rigorosamente aos princípios constitucionais da ‘Ordem Econômica’, previstos no artigo 170 da Constituição Federal.

Torna-se relevante destacar que o Supremo Tribunal Federal - STF decidiu, em sede de Recurso Extraordinário, que a competência para disciplinar o tempo de atendimento ao público em estabelecimentos bancários que estejam localizados em seu território é de competência do próprio município, por ser matéria de interesse local e não, sobre a atividade fim da instituição financeira. Segundo o entendimento do Supremo, não se tratando de normas relacionadas com a política de crédito dos bancos, nem com relação à transferência de valores, a lei municipal que regula o tempo de atendimento do cliente no setor bancário encontra-se no âmbito dos assuntos de interesse local.

No mesmo sentido, toda norma municipal que estabelece o tempo de permanência do consumidor (cliente) no atendimento bancário, estabelecendo o tempo mínimo que deve ser observado no atendimento na fila do Banco, por não tratar especificamente de direito bancário, mas de interesse local, foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional, em vários julgados daquela Corte Suprema.

Do mesmo modo, o Supremo entendeu que a competência é do Município para determinar o horário de funcionamento dos estabelecimentos comerciais localizados em seu território, também, julgou que a fixação de horário de funcionamento de farmácia é matéria de competência estritamente local, visando ao interesse do consumidor e para evitar a dominação do mercado por parte dos oligopólios.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no RE n° 189.170, cuja relatoria foi do Ministro Mauricio Correia, assim decidiu:

> STF: Farmácia. Fixação de horário de funcionamento. Assunto de interesse local. A fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita

por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio.

Em regra, a competência para a atuação no domínio econômico pertence à União. Entretanto, não se pode perder de vista que, em assuntos de interesse local, a competência é dos Municípios. Diz o artigo 23 da Constituição Federal, que é competência executiva comum, que cabe a todas as entidades estatais, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, proteger o meio ambiente e combater a poluição em quaisquer de suas formas (artigo 23, inciso VI) e fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar (inciso VIII), combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social (inciso X), normas de natureza essencialmente econômica.

Por sua vez, o artigo 24 da Constituição Federal assegura que é competência legislativa concorrente, restrita aos entes União, Estados e Distrito Federal (artigo 24, inciso VI e VII), legislar sobre direito econômico (inciso I), produção e consumo (inciso V), bem como sobre proteção ao meio ambiente, defesa do solo e dos recursos naturais (inciso VI), cabendo aos Municípios apenas suplementar a legislação federal e estadual 'no que couber', conforme consta do artigo 30, inciso II, significando que aos Municípios cabem legislar sobre assuntos de interesse local.

Por conseguinte, o mencionado artigo 30 da Constituição Federal determina a competência dos Municípios para legislar sobre assunto de interesse local, cabendo ao ente municipal legislar supletivamente sobre a responsabilidade por dano causado ao meio ambiente e ao consumidor, dentre outras matérias que representem exclusivamente o interesse do ente municipal.

De acordo com a Súmula 646 do Supremo Tribunal Federal, ficou estabelecido que a lei municipal não pode impedir a instalação de estabelecimentos comerciais em determinadas áreas, quando

atuam no mesmo ramo, sob pena de se estar ferindo o princípio da livre concorrência estatuído no artigo 170 da 'Ordem Econômica'.

> Súmula 646 - Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área.

De acordo com a interpretação do Supremo não seria de interesse local a definição de área específica para a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo de atividade. Por isso, declarou, em vários julgados, a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a instalação de estabelecimento comercial (posto, farmácia e outros) em distância previamente determinada no texto legal, sob o argumento de que tal normativo levaria a uma reserva de mercado, ferindo o princípio da livre concorrência.

Por outro lado, em diversos julgados, o Supremo fixou a competência do Município para estabelecer o horário de funcionamento de estabelecimentos comerciais, tendo como fundamento o artigo 30, inciso I, da Constituição Federal. Decidiu, também, que o Município tem competência para determinar o tempo de atendimento ao público nas filas das agências bancárias que estejam localizadas no seu território.

Entende o Supremo Tribunal Federal – STF, que o Município, quando exerce a sua função legislativa sob o argumento de disciplinar assunto de interesse local, proibindo ou não concedendo alvará de funcionamento para a instalação de estabelecimento comercial em determinada distância um dos outros, estaria infringindo o disposto no artigo 170, inciso IV e V, da Constituição Federal, sob pena de violação ao princípio da livre concorrência e do livre mercado, além de afrontar o princípio da defesa do consumidor e da liberdade de exercício da atividade econômica.

Divergente do entendimento do Tribunal, o Min. Carlos Velloso, entendeu que a norma municipal que estabelece uma distância mínima entre estabelecimentos da mesma espécie em certas áreas do município, estaria albergado pela competência de legislação de interesse local, concedida ao ente municipal de natureza suplementar, a legislação federal e estadual, nos termos do permissivo constitucional previsto no artigo 30, incisos I e II.

Sobre a matéria, o Ministro Teori Albino Zavascki, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede do Resp. 598.183-DF, julgado em 8/11/2006, apresentou considerações esclarecedoras, no sentido de que a norma que trata do tempo de permanência do cliente em fila de espera na agência bancária é de interesse local, impondo regras para assegurar a adequada prestação de serviço ao consumidor, definindo um tempo razoável para espera no atendimento em filas nas agências bancárias.

> A matéria resume-se em saber se é de competência normativa federal ou municipal a disciplina do tempo de permanência em fila em estabelecimentos bancários e da obrigação de atender em prazo razoável os usuários que buscam os serviços desses estabelecimentos. A matéria diz respeito a assunto de interesse local para os efeitos do artigo 30, inciso I, da CF/1988. Sendo do Município a competência para legislar sobre a matéria em causa, qualquer antinomia ou incompatibilidade entre lei municipal (ou distrital) e a lei federal determina a prevalência daquela em relação a esta, e não o contrário [...].

A competência legislativa do município expressa no *caput* do artigo 29 da Constituição Federal, representa sua capacidade de auto-organização através de sua lei orgânica municipal. O artigo 30, inciso I, trata do interesse local. Entende-se por interesse local, aquelas matérias que dizem respeito exclusivamente às

peculiaridades e as especificidades, inerentes as necessidades e o interesse que é predominantemente do ente municipal, podendo suplementar a legislação federal e estadual no que for cabível, desde que seja observado o interesse daquela localidade.

CAPÍTULO 2

PRINCÍPIOS E REGRAS NA ‘ORDEM ECONÔMICA’: CLÁUSULA TRANSFORMADORA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Inicialmente, torna-se relevante esclarecer que as normas constitucionais que tratam do direito econômico brasileiro não estão concentradas, exclusivamente, no capítulo da Constituição Federal que trata da ‘Ordem Econômica’. Na realidade, vários dispositivos que regulam o tema se encontram dispersos no texto Constitucional, voltados para assegurar o direito ao desenvolvimento econômico.

O conceito de desenvolvimento econômico passa pelo entendimento do processo de transformação da sociedade, com o aprimoramento da ordem econômica e, consequentemente, da ordem social e jurídica, preceito fundamental da República Federativa do Brasil, conforme previsto no texto constitucional no artigo 3º., inciso II, quando garante que o desenvolvimento nacional se constitui um dos objetivos do Estado brasileiro, ao lado da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como da redução das desigualdades sociais e regionais.

O desenvolvimento nacional é o resultado da participação do Estado por meio de políticas públicas voltadas à promoção desse processo de transformação social. Essa modificação se verifica, não somente, nos aspectos gerais da economia, com a sua modernização, mas se constitui por um processo mais amplo que se constata na vida política do país, pelo exercício mais permanente da cidadania, com ampla participação política da sociedade nos destinos da nação e no fortalecimento dos partidos políticos e da

democracia. Isso se dá por uma mudança na estrutura tradicional da sociedade, com mais oportunidades de crescimento social e de melhoria nas condições de vida da população, que passa a ter acesso aos programas de educação com qualidade, de saúde, saneamento básico, habitação, transporte e segurança.

Também é significativa para o desenvolvimento econômico, a geração de oportunidades de emprego com condições dignas de trabalho e remuneração adequada para assegurar um melhor padrão de vida; o acesso à cultura, com o aprimoramento dos valores pessoais e respeito às instituições e a melhoria dos padrões de convivência na sociedade e ao lazer, com mais tempo para atividades de entretenimento e diversão; a mudança institucional, decorrente, de modo especial, pelo fortalecimento das instituições nacionais devidamente constituídas; a transformação e a incorporação de novas tecnologias aos recursos produtivos e a combinação e alocação eficiente dos recursos naturais; o respeito e preservação do meio ambiente.

Examinando a Constituição Federal de 1988 que define os objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, percebe-se que o direito ao desenvolvimento econômico encontra-se permeando os quatro fundamentos básicos da República Federativa do Brasil: a) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; b) a garantia do desenvolvimento nacional; c) o objetivo de erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades regionais e sociais; d) a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, ou de qualquer forma de discriminação.

É indiscutível que o artigo 3º. da Carta da República de 1988, como parte integrante dos denominados princípios constitucionais fundamentais, traz em seu âmbito os princípios da ‘Ordem Econômica’. A sua característica mais importante é o comando principiológico que esse dispositivo normativo constitucional lança como valores sobre todos os demais princípios e regras da ordem jurídica interna e os limites com o ambiente externo. Os princípios fundamentais da Constituição Federal são, além de princípios, valores essenciais à ordem jurídica.

O debate que se trava em torno da questão dos valores na ordem constitucional não se torna relevante para o entendimento do assunto, uma vez que se tem, para fins metodológicos, o entendimento de que os valores não obedecem a uma ordem predeterminada de hierarquia, como pensava Schimitt.[44]

Os valores se encontram no âmbito da axiologia e estritamente vinculados aos princípios que se instituem, na visão de Guerra Filho,[45] como a prescrição de valores ordenados ou fixados juridicamente e de forma objetiva. O princípio é a racionalização objetiva de um valor.

Os princípios fundamentais da ordem constitucional econômica identificam o modelo do Estado, uma vez que dizem respeito ao tipo de Estado, descrevem a sua formulação política, os valores que permeiam o ordenamento jurídico, os fins colimados pelo Estado, delimitando os espaços entre Estado, seu povo e as suas relações com a comunidade internacional, diante de uma estrutura social e econômica.

Bercovici afirma que,

> Os princípios constitucionais fundamentais também têm a função de identificação do regime constitucional vigente, ou seja, fazem parte da fórmula política do Estado. A fórmula política individualizada do Estado, pois diz respeito ao tipo de Estado, o regime político, os valores inspiradores do ordenamento, fins do Estado. [46]

[44] SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. 1992.

[45] GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. 2000.p. 160.

[46] BERCOVICI, Gilberto. op.cit, p. 293. a

Guerra Filho[47] conclui que a fórmula política da Constituição da República se encontra consagrada nos princípios fundamentais, em especial, na forma do Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, a 'Ordem Econômica' na Constituição Federal é formada por princípios e regras que se harmonizam para estabelecer a conformação de contradições que se estabelecem na economia, dos quais são exemplos os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, com o valor social do trabalho, da justiça social e da defesa do consumidor.

Torna-se relevante trazer ao contexto do trabalho a distinção entre princípios e regras que foi proposta por Alexy,[48] o que tem sido objeto de muito debate na academia e essencial para a compreensão dos princípios que norteiam a ordem econômica brasileira.

2.1 Regras e Princípios

A distinção entre regras e princípios tem sido objeto de muitos debates nos meios acadêmicos. O tema merece ser examinado nessa parte do trabalho para que se possa entender a relevância que têm os instrumentos jurídicos, como princípios da 'Ordem Econômica', para assegurar o desenvolvimento econômico a partir das políticas públicas.

Assim, a distinção entre regras e princípios se constitui um aspecto fundamental para a solução interpretativa, como problema central dos conflitos que se estabelecem entre as normas que

[47] GUERRA FILHO, Willis Santiago. op. cit, p. 160.

[48] ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudos Constitucionais, 1993. p. 81.

regulam a 'Ordem Econômica'.

Amorim afirma que Alexy defendeu uma tese que muda de forma notável a ciência do direito, elaborando uma nova forma de pensar o direito a partir de sua contribuição sobre o que a autora denomina de "viragem metodológica, modificando os conceitos até então postos como verdadeiros." [49]

Examinando a distinção entre regras e princípios, segundo Alexy, Amorim[50] apresenta as principais contribuições da teoria de Alexy. Inicialmente, estabelece os princípios com valor normativo. Assim, derrubam-se as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário. Em um segundo momento, afirma-se que as regras e os princípios são normas, "porquanto ambos se formulam através de expressões fundamentais, como mandamento, permissão e proibição".[51] A seguir, buscam-se soluções que possam dar respostas racionais à colisão de princípios. Por fim, pela relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do direito, o princípio assume o comando do que deve ser feito, na medida do possível.

Como observa Espíndola:

> Os princípios jurídicos como princípios constitucionais têm a mais alta normatividade do sistema jurídico. Isso fez com que a antiquíssimas posturas que conferia aos princípios a mera posição subsidiária em face dos atos da integração da ordem jurídica em face dos atos da integração da ordem jurídica fosse superada; ou seja, antes os princípios gerais do direito eram, apenas, elementos da calmatação de lacunas do

[49] AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42. nº 165. p.126, jan./mar. 2005.

[50] AMORIM, op. cit., p. 126.

[51] AMORIM, op. cit., p. 126.

> sistema jurídico. Todavia, hoje constituem verdadeiros parâmetros de aferição de constitucionalidade do sistema jurídico; fazem dos princípios normas prenhe de direitos; fazem dos princípios os principais sentidos hermenêuticos da ordem jurídica; sumariam as estruturas básicas da justiça...[52]

Diante desse entendimento, Nunes afirma que:

> Os princípios constitucionais são mais que isso. São verdadeiras vigas mestres, alicerces sobre os quais se constrói o sistema jurídico. Os princípios constitucionais dão estrutura e coesão ao edifício jurídico. Assim, devem ser estritamente obedecidos, sob pena de todo o ordenamento jurídico se corromper. O princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explicito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos horizontes do sistema jurídico e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável[53]

As diferenças entre regras e princípios são complexas. Inicialmente, torna-se relevante esclarecer que as regras e princípios são duas espécies diferentes de normas. Os princípios se constituem um tipo de norma com um elevado grau de abstração, são verdadeiros fundamentos das regras, enquanto e as regras possuem reduzida abstração, são mais concretas. Os princípios, porque apresentam conceitos vagos, necessitam de interpretação por parte do aplicador do direito para a sua concretização, no entanto, as regras têm aplicação imediata.

A regra expressa o modo de proceder a conduta imposta no texto legal. Essa regra trata da imposição de um preceito geral, para ser executado, sem restrições. Dentre os vários tipos de regras, tem-se a regra de direito que é a denominação genérica dada a todo

[52] ESPÍNDOLA, Rui Samuel. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Institucional.** Ano 11, nº. 44. 2004. p. 82.

[53] NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 2004. 9.

princípio fundamental de direito e que formula um princípio cardeal de direito ou uma norma jurídica fundamental, como preceito dominante e indiscutível.

Silva não faz expressa distinção entre regra e norma, pois regra seria:

> [...] um preceito tutelador de situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo ação ou abstenção de outrem, e, por outro lado, vinculam pessoas ou entidades à obrigação de submeter-se às exigências de realizar uma prestação, a ação ou abstenção em favor de outrem. [54]

Como conclusão da hermenêutica dos princípios, a noção de que os princípios são normas e as normas compreendem os princípios e as regras foram integralmente aceitas pela doutrina que tem em Alexy[55] seu maior expoente. Esse é o primeiro a reconhecer a função normativa dos princípios, figurando como parte jurídica e dogmática do sistema de normas, como ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema.

Surge, então, a concepção de princípios como máximas doutrinárias ou guias do pensamento jurídico, com a possibilidade de se tornarem normas de Direito Positivo. Podem os princípios, segundo a doutrina, assumir a feição de ideias norteadoras, que se concretizarão na lei e na jurisprudência, ou de *lex* cristalizando-se em regras jurídicas de aplicação imediata, sendo estas as únicas

[54] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 1995, p. 85.

[55] ALEXY, Robert. op. cit., 1993. p. 81.

tidas como norma.

Dantas, sobre o significado de 'princípios', ensina que,

> Para nós, princípios são categorias lógicas, e tanto quanto possível, universais, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico constitucional positivo, refletem a própria estrutura lógica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade. [56]

Na lição de Machado, o princípio é "uma norma dotada de grande abrangência, vale dizer, de universalidade e de perenidade." [57] Os princípios jurídicos constituem, por isso mesmo, a estrutura do sistema jurídico. São vetores do sistema.

Para Melo, o princípio é

> [...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia por diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo. [58]

---

[56] DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação constitucional.**1995, p. 86.

[57] MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** 1991,p.11.

[58] MELO, Celso Antônio Bandeira de**. Elementos de Direito Administrativo.**

Salienta Carrazza que

> O princípio, em rigor, não passa de uma norma. Ocorre, contudo, que por ter âmbito de validade maior, ele orienta a atuação de outras normas, inclusive as de nível constitucional. Exerce uma função axiologicamente mais expressiva, dentro do sistema jurídico [...] tanto que a desconsideração de um princípio traz conseqüência muito mais danosa que a violação de uma simples regra. [59]

Os princípios gerais funcionam como vínculo que constituem um sistema, uma vez que o princípio também é norma, em sentido abstrato. Seria uma espécie da norma primária, por expressar a vontade da sociedade, na base do sistema.

Nesse sentido, Bonavides assinala que:

> Os princípios jurídicos quando saem dos códigos e incorporam-se nas constituições, quando saltam do direito privado para o direito público, ingressam na dogmática constitucional, promovem uma verdadeira transformação no modo de compreender e aplicar o direito. É através dos princípios que se materializam valores éticos e políticos da sociedade.[60]

1987, p. 31.

[59] CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 1999, p. 31.

[60] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.**1997, p. 228.

A partir de Dworkin,[61] os princípios passam, definitivamente, a ser considerados como normas, as normas-valores mais comuns nas constituições, tendo, por isso, eficácia suprema. Desse modo, fica resolvido, de uma vez, o conflito entre princípio e norma, passando essa a ser gênero do qual os princípios e regras são espécies. Os princípios teriam, então, que ser distinguidos de regras e não, de normas: o primeiro critério de distinção é o da generalidade, pois os princípios são dotados de alto grau de generalidade relativa, ao passo que as regras possuem baixo grau de generalidade.

Segundo Alexy,[62] a distinção mais correta se dá no âmbito de graduação unida à qualidade. Nesse plano, os princípios têm sua medida de execução na dependência das possibilidades fáticas e jurídicas, enquanto as regras devem ser cumpridas em seu conteúdo.

Tal questão entre princípio e normas se torna mais nítida nos conflitos de princípios e de regras. No conflito de regras, deve-se introduzir uma cláusula de exceção ou tornar nula uma das regras, situando tal assunto no âmbito da validade. Já no conflito de princípios, não há nulidade de princípio, havendo, apenas, uma preponderância do princípio de maior peso jurídico, porque se todo princípio pode estar presente em um conflito, deve possuir validade, o que coloca tal contradição num plano essencialmente valorativo.

A conceituação do termo *princípios* não é muito fácil, pois se trata de palavra que admite várias acepções, derivando do latim *principium,* no sentido de origem começo, o que, em sentido vulgar, significa 'o primeiro instante da existência'. No sentido jurídico, princípios, notadamente no plural, significam normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce do

[61] DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** 1999, p. 23.

[62] ALEXY, Robert. op. cit, 1985, p. 81.

direito. Nessa acepção, o termo ‘princípios’ revela o conjunto de regras ou preceitos, fixado para servir de norma a toda ação jurídica, servindo de exemplo de conduta.

Dessa forma, manifesta sentido mais importante que o da norma jurídica, tornando-se razão de ser da coisa jurídica e, por isso, perfeitos axiomas. Nessa perspectiva, tem-se o termo ‘princípios’ como sendo os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, e todo axioma jurídico advindo da cultura jurídica universal. Desse modo, os princípios não estão apenas na lei, pois constituem a base do sistema jurídico. Esse pensamento é completamente refutado por Theodoro Júnior quando afirma que a norma não mais se distingue dos princípios. Diz o autor citado que os princípios são fictícios, pois não se sabe se efetivamente eles existem, e acabam originando certa permissividade na ordem jurídica, que torna a lei completamente desassociada do Direito, tolerando que seja aplicado um ou outro princípio ao arrepio da norma, fora do comando legal, causando uma enorme sensação de insegurança jurídica.

Theodoro Júnior adverte:

> Direito não é mais sinônimo de lei, e a norma ou preceito não mais se distingue de princípios. Assim, em nome de pretensos princípios, que muitas vezes não se sabe se existem realmente nem de onde foram extraídos, se cria todo um clima de permissividade para o operador de Direito. Totalmente descompromissado com a lei ditada pelo poder legiferante instituído, o aplicador do Direito procura a regra a aplicar no caso concreto onde bem lhe convier, ou onde bem entender, pois fora do preceito explicito da lei, sempre haverá algum raciocínio, algum argumento, alguma justificação para explicar qualquer tipo de decisão, até mesmo aquele aberrante com as tradições históricos – culturais de um povo as quais, aliás, pouco ou nada valem

para a mentalidade emergente do século XX [63]

Vê-se com certa reserva o pensamento de Theodoro Júnior porque a própria aplicação do princípio no caso concreto tem como pressuposto fundamental a harmonia de todo o sistema normativo. Logo, não há que se falar em acomodação do que for conveniente, nem sobre legitimar para atender a determinada decisão judicial. Não se pode negar o valor do princípio sob esse tipo de argumentação.

Picazo afirma que o termo *'princípios'* deriva da linguagem geométrica, na qual significa as verdades iniciais, pois são "as premissas de todo um sistema que se desenvolve de modo geométrico".[64] São verdades objetivas, nem sempre situadas no mundo do dever ser, postas como normas jurídicas dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.

Silva denomina 'Norma de Princípio' como sendo a "Norma contenedora do início ou esquema de um órgão entidade ou de programa".[65] Mas, segundo ele, o termo aplicado na Constituição não tem essa significação, exprimindo "a noção de mandamento nuclear de um sistema." [66]

O tema relativo a regras e princípios também foi examinado por Moraes[67] que destaca e reconhece a hegemonia dos princípios

[63] THEODORO JÚNIOR. Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano I. n 1. Brasília: ENM 2006. p. 94.

[64] PICAZO, Luiz Diez. **Anuário de Derecho Civil.** Tomo XXXVI, fasc. 3°, 1983, p. 01.

[65] SILVA, José Afonso da. op. cit., p. 86.

[66] Idem, p. 86.

[67] MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração**

sobre as regras e o caráter de normatividade dos princípios, fazendo uma análise doutrinária sobre o tema, concluindo que:

> No Brasil, para o Professor Paulo Bonavides, não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie. [68]

No entanto, nenhuma dessas análises trata de um aspecto fundamental dos princípios: a normatividade. Esse ponto foi muito bem delineando por Crisafulli,[69] que considerava 'princípio' como sendo toda norma jurídica determinante de uma ou mais normas subordinadas, que a pressupõem, tendendo o preceito à particularização. Em resumo, seu conteúdo seria, efetivamente, constituído dos preceitos dedutíveis do princípio geral que as contém.

A organização de vários conceitos de 'princípio', atrelados às disposições normativas, foi muito bem executada por Guastini[70] que, além do caráter normativo, definiu outros aspectos do conceito de princípios. Em um primeiro momento, coloca-se o alto grau de generalidade. Em segundo lugar, um caráter de indeterminação solicitador da via interpretativa para a concretização. Seu aspecto programático também foi levantado. Sua posição de superioridade hierárquica foi fielmente defendida e, também, o fato de serem

Pública. 1999, p. 20.

[68] idem. p. 20.

[69] CRISAFULLI, Vezio. **La Constituzione y le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Giuffrè, 1952, p. 67.

[70] GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: [s.r.], 1990, p. 80.

dirigidas aos órgãos de aplicação, para fazer a escolha dos dispositivos ou normas aplicáveis ao caso concreto.

Ante o que foi exposto, torna-se evidente que os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a exemplo da soberania nacional, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais de trabalho e da livre iniciativa, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem-estar de todos, a independência nacional, a prevalência dos direitos humanos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, trazem em seu conteúdo um forte sentido econômico e social.

Além dos princípios fundamentais constantes dos artigos 1º. a 4º. da Constituição Federal de 1988, também apresentam-se com acentuado conteúdo econômicos os direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º., os direitos sociais previstos nos artigos 6º. a 11, os bens de propriedade da União elencados no artigo 20, a competência da União e dos demais entes da Federação, os preceitos relacionados a saúde, educação e meio-ambiente, dentre tantos outros dispositivos constitucionais que, de certo modo, sofrem os efeitos da atividade econômica.

CAPÍTULO 3

PRINCÍPIOS DA ‘ORDEM ECONÔMICA. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS NOS PRINCÍPIOS DA ‘ORDEM ECONÔMICA’, PARA ASSEGURAR O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

O capítulo da Constituição relativo aos princípios gerais que devem presidir a atividade econômica centra-se sobre dois temas básicos: em primeiro lugar, são examinados, efetivamente, os princípios e suas relações com a política para o desenvolvimento econômico; em segundo lugar, é fixado o papel do Estado dentro da ‘Ordem Econômica’.

Martins, quando examina a questão da ‘Ordem Econômica’ na Constituição Brasileira, afirma que:

> [...] toda a ‘Ordem Econômica’ está voltada a um liberalismo-social ou a um socialismo-liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa, compõe a terceira via da economia moderna. Ambos mostram que a economia de mercado perfilada pelo constituinte de 1988 está temperada por valores sociais, o ponto de os dois fundamentos maiores do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa. Esta última só é possível em face da livre concorrência (artigo170, inciso IV) e balizada por dois mecanismos de cerceamento de desvio, quais sejam, na ponta da produção e circulação de mercadoria e serviços, ao controle do abuso do

> poder econômico (artigo 173, § 4° da CF), e na ponta do consumo, à proteção ao direito do consumidor (artigo5°, inciso XXXII e artigo 170, inciso V da CF).[71]

Em consequência do que foi explicitado, a atuação do Estado na atividade econômica, como o aspecto mais relevante do Direito Econômico sob o ponto de vista das relações entre o público e o privado, terá como objetivo assegurar o desenvolvimento da economia nacional, garantindo a efetividade dos princípios fundamentais de nossa constituição econômica. O referido artigo 170, da Carta da República (BRASIL, 1988), traça a estrutura geral do comando do ordenamento jurídico econômico, firmado em nove princípios que serão examinados a seguir.

A 'Ordem Econômica' na Constituição Federal apresenta como princípios fundamentais a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, marca indelével do sistema capitalista. Se, por um lado, é dever do Estado assegurar a livre concorrência, por outro tem o dever de garantir ao trabalhador, condições dignas de trabalho e emprego que possa lhe oferecer uma existência digna, com a valorização do trabalho por toda a sociedade e, em particular, pelo empregador. Portanto, é fundamental a harmonização dos princípios da 'Ordem Econômica' para assegurar a dignidade do ser humano com justiça social.

Aceitos tais fundamentos, a Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação, por intermédio de políticas públicas que propõem assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para que os fundamentos sejam concretizados e para que os fins sejam alcançados, necessário se faz adotar alguns princípios norteadores da ação do Estado. As

[71] MARTINS, Ives Gandra da Silva. O regime jurídico dos serviços públicos na 'Ordem Econômica'. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Unidas.** nº 23. p. 14. 2001.

desigualdades sociais e regionais são evidentes, cabe ao Estado o importante papel de promover políticas públicas capazes de minimizar os efeitos perversos dessas disparidades.

O Estado, como ensina Canotilho,[72] não tem o livre arbítrio de definir e implementar políticas públicas que sejam contrárias aos princípios constitucionais da 'Ordem Econômica'. Por conseguinte, fica o Poder Público vinculado, quanto às decisões de políticas econômicas, aos preceitos principiológicos da constituição econômica. Pode-se concluir, então, que a denominada constituição econômica impõe limites rígidos à adoção de políticas econômicas que sejam contrárias aos seus mandamentos. Sobre o assunto, comenta o Canotilho:

> Como limite, o legislador não pode executar uma política econômica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais, como impulso, o princípio da democracia econômica e social exige positivamente ao legislador a persecução de uma política em conformidade concretamente impositivas da Constituição.[73]

O artigo 3º. da Constituição Federal traz a característica da denominada 'cláusula transformadora', a qual procura explicar a oposição que existe entre a injusta realidade social e a necessidade de modificá-la para atender aos preceitos do bem-estar social ou do desenvolvimento econômico. O comando constitucional do artigo 3º. da Carta da República é a 'cláusula transformadora'.

O modelo econômico adotado pelo Estado Brasileiro não atende ao comando constitucional da cláusula transformadora; ao contrário, esse modelo econômico extremamente perverso tem

[72] CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional.**1992. p. 481.

[73] CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional.** 1992. p. 481.

acentuado significativamente as disparidades sociais e econômicas, aumentando o nível de concentração de renda no País.

Na análise de Cavalcante:

> [...] um dos resultados mais cruéis do modelo convencional de crescimento econômico implantado até o presente, entre nós, é o da perversa concentração de renda e riqueza. Os desequilíbrios de renda entre ricos e pobres aumentam cada vez mais. O Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), publicado em 1988, denuncia a crescente distância que separa os ricos dos pobres em todos os demais campos da sociedade, em todo o planeta e com muito mais rigor no Brasil [...] o planejamento de longo prazo de um autêntico desenvolvimento, e não apenas de crescimento econômico, tornou-se, neste contexto, de difícil implementação. [74]

Em síntese, a *'*cláusula transformadora' prevista no artigo 3º. da Carta Republicana (BRASIL, 1988) não é instrumento capaz, por si só, de conduzir as ações e os programas de governo, por meio das políticas públicas, para romper de forma objetiva o grave problema da superação do subdesenvolvimento da economia brasileira.

Acrescente-se que o conteúdo normativo do mencionado artigo 3º. da Constituição Federal de 1988 não se constitui de norma programática, entendida essa como uma espécie de norma segundo a qual, ao invés de regulamentar direta e imediatamente interesses determinados, reduz a sua eficácia para que sejam cumpridos pelos

[74] CAVALCANTE, Enoque Gomes.**Sustentabilidade do Desenvolvimento:** Fundamentos Teóricos e Metodológicos do Novo Paradigma. 1998.

órgãos estatais. Assim, ao contrário, o comando constitucional do artigo 3º. é um princípio fundamental e a sua eficácia é imediata.

Quando o legislador constituinte estabeleceu no artigo 3º. da Constituição Federal, que o desenvolvimento econômico e a diminuição das desigualdades regionais seriam fins a serem atingidos pelo Estado, estava impondo ao governo a adoção de políticas públicas que efetivassem aquele comando normativo da Constituição. Assim, de acordo com o texto constitucional, o processo de escolha de prioridades das políticas públicas deveria ser dado como primazia para aquelas ações e programas que estivessem em harmonia, em termos de procedimentos e de finalidade, com os objetivos e as metas determinadas pelo constituinte e elencados no artigo 3º. da Constituição (BRASIL, 1988).

É indiscutível que o texto da Constituição Federal de 1988 define alguns objetivos fundamentais que devem ser atingidos pelo governo para assegurar o desenvolvimento econômico e o progresso da economia brasileira. Definindo os objetivos fundamentais da República, as regras jurídicas constitucionais são instrumentos que possibilitam o alcance dos mencionados objetivos fundamentais.

Sobre o tema, Barcellos apresenta uma síntese das relações entre a Constituição, as políticas públicas e os fins do Estado. Diz a referida autora:

> A Constituição estabelece como um de seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; as políticas públicas constituem o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente; as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público; os recursos públicos são limitados e é preciso fazer escolhas; logo, a Constituição vincula as escolhas em matéria de políticas públicas e dispêndio de

recursos públicos. [75]

Ao agente público, torna-se obrigatório o cumprimento desses objetivos quer seja na elaboração dos comandos normativos quer seja na aplicação da norma e, mais especificamente, na definição e execução das políticas públicas, de forma a concretizar a construção de uma sociedade justa, livre e solidária. Para a implementação dos objetivos relacionados no artigo 3°. da Carta da República, faz-se necessária uma política administrativa e legislativa que tenha como meta corrigir as disparidades regionais e sociais para o desenvolvimento nacional.

Comparato[76] defende a adoção de instrumentos que possam ser utilizados no controle judicial das políticas públicas, como forma de assegurar a aplicação daqueles preceitos de natureza fundamental. Segundo o autor citado, esse controle deveria ser adotado sobre as políticas públicas tanto em relação à finalidade de certo programa de governo, como aos meios para se atingi-la.

A propósito do controle judicial das políticas públicas, que se denominou de 'judicialização da política', o tema remete à ideia do controle do Poder Judiciário sobre a prestação de serviços públicos essenciais para a efetivação dos denominados direitos sociais, que seria semelhante ao domínio das políticas públicas sob a tutela jurisdicional, portanto, da relação entre o social e o mundo jurídico.

Sobre o tema, Feitosa afirma que é preciso entender as transformações que ocorrem no tecido social diante da estrutura jurídica. Explica o autor citado:

---

[75] BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. 2005 p.91.

[76] COMPARATO, Fabio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: Hélio Jaguaribe et al. **Brasil, sociedade democrática**. 1986, p. 393. (b)

> Dissertar tão somente sobre esse elemento 'fetichista' não é suficiente. Em princípio, é necessário não esquecer que no plano teórico, a questão das transformações sociais frente a estrutura jurídica, como expõe José Reinaldo Lima Lopes, pode ser enfocada a partir de três perspectivas distintas. A primeira identifica-se com Ehrlich e sugere que o Direito é absolutamente dependente das relações vivenciais. A segunda faz-se representar sobretudo por Karl Renner que, basicamente, reconhece uma certa independência do Direito com relação aos substratos econômicos, acrescenta ainda que existem limites externos à eficácia do Direito como instrumento de transformação e seguramente, tal afirmação baseia-se em hipótese de trabalho, o da independência do jurídico e da funcionalidade das alterações na base material da sociedade. A terceira linha explicativa é a de Pashukanis, para quem as relações sociais já são o próprio Direito, as relações não precedem ao Direito, sem que seja um produto, uma forma, porém neles não se esgota o Direito.[77]

Nesse sentido, indaga-se: - Qual seria o instrumento legal, que o cidadão poderia exigir do Poder Público o cumprimento de uma política pública atinente aos interesses sociais previstos na Constituição? Estaria o Poder Judiciário preparado para uma atuação mais consistente no controle das políticas públicas? O Judiciário deve exercer um papel intervencionista para assegurar os fins do desenvolvimento nacional previsto na Carta da República? Essas questões precisam ser examinadas à luz de um novo papel que o Poder Judiciário deve assumir como forma de assegurar o direito ao desenvolvimento como preceito constitucional de ordem

[77] FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: O 'fetichismo' como limite às possibilidades de Concretização da Constituição Federal de 1988. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988, 2003 p. 247.

vinculante para as políticas públicas.

Melo[78] propõe como mecanismo de proteção e concretização das normas constitucionais a Ação de Concretização da Constituição. Para o autor aqui referido, a Constituição apresenta mecanismos de proteção para a concretização de seu comando normativo, amparado em farta doutrina e jurisprudência, como forma de debelar a chamada crise de concretização da Lei Fundamental.

Nesse aspecto, entende-se que os atuais instrumentos jurídicos, postos à disposição dos agentes sociais, são suficientes para que se possa dar efetividade ao texto constitucional, a exemplo da Ação Civil Pública, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Mandado de Segurança, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e Ação Popular.

Krell[79] abre o debate sobre o tema, em face da inexistência do controle de constitucionalidade das políticas públicas. Esse mecanismo estaria transformando o Poder Judiciário em agente político executor de programas do governo.

A tese contrária à judicialização da política deve ser vista com certa reserva. Defende-se o ponto de vista de que a magistratura deve assumir uma posição ativa no sentido de fazer valer o texto constitucional em sua plenitude, especialmente, as normas programáticas de cunho social, intervindo, diretamente, para a efetivação dos direitos sociais.

Sobre a judicialização da política, é relevante trazer ao

[78] MELO, Carlos Antonio de Almeida. "Mecanismos de Proteção e Concretização da Constituição" In: SCAFF Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. 2003 p. 49.

[79] KRELL, Andreas J. "Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma visão comparativa. In SARLET, Ingo. **A Constituição Concretizada:** Construindo Pontes com o Público e o Privado. 2000. p. 25-60.

debate a opinião de Lima:

> Se os saldos majoritariamente positivos do processo de redemocratização do Brasil salta aos olhos nos últimos quinze anos, não se pode dizer o mesmo em relação à tarefa do Supremo Tribunal Federal em lidar com modernos instrumentos de uma democracia constitucional, de exercer seu papel como ator político fundamental, onde a definição de seu raio de poder limita-se necessariamente pelo Poder Legislativo. No âmbito da judicialização da política – e o Supremo Tribunal Federal é sempre o grande árbitro nessa realidade institucional brasileira – o Tribunal tem dado provas de que somente uma alteração de ordem cultural, a ser construída com novas presenças no seio da Corte é que poderão redirecioná-lo, provando o impacto do erro cometido ao, não se renovar o Poder Judiciário juntamente com a Constituição do País. [80]

Entende-se que o pensamento de Lima incide sobre a composição e a formação dos membros da Corte Superior. Esse fato, por si só, não descredencia o papel que tem o Poder Judiciário como função estatal, no exame sobre a concretização dos preceitos constitucionais para a realização de políticas públicas como meio adequado para assegurar os direitos sociais.

O julgamento da ADPF 45 é o exemplo mais evidente sobre a utilização daquele instituto como meio idôneo no sentido de assegurar políticas sociais, além de ser emblemático sobre o tema relacionado à judicialização das políticas públicas. A sua leitura e

[80] LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema de Teoria Constitucional da Democracia. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**.** Rio de Janeiro: Renovar. 2003 p. 239.

compreensão é necessária pela relevância do tema. Assim, recomendo à leitura atenta da decisão reproduzida a seguir, pela sua profundidade e, especialmente, pela coerência na linha de argumentos que eminente Ministro Celso de Mello traz à superfície sobre o controle e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas sociais:

ADPF 45/DF

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. CELSO DE MELLO

Publicação: DJ 04/05/2004 P - 00012

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS

> CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO:
>
> Trata-se de argüição de descumprimento de preceito fundamental promovida contra veto, que, emanado do Senhor Presidente da República, incidiu sobre o § 2º do artigo 55 (posteriormente renumerado para artigo 59), de proposição legislativa que se converteu na Lei nº 10.707/2003 (LDO), destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.
>
> (....)
>
> Conclui-se, desse modo, que o objetivo perseguido na presente sede processual foi inteiramente alcançado com a edição da Lei nº 10.777, de 24/11/2003, promulgada com a finalidade específica de conferir efetividade à EC 29/2000, concebida para garantir, em bases adequadas - e sempre em benefício da população deste País - recursos financeiros mínimos a serem necessariamente aplicados nas ações e serviços públicos de saúde.

Para o Ministro Celso de Mello, apesar desse fato se configurar como juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, é imprescindível que a ação constitucional seja qualificada como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando previstas no texto da Carta Política, o que ocorre no presente caso (EC 29/2000), caso venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, “pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.”

Essa atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal evidencia, de modo particular, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a essa Corte, que não pode se eximir do

encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas, ao serem tratados como direitos de segunda geração, o que poderia levar o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, a comprometer a integridade da própria ordem constitucional, de modo inaceitável(RTJ 164/15fun8-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

> DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO - MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO. - O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.
>
> Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. - Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non* facere ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.
>
> A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição,

> também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental" (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

O Ministro Relator afirma que não se inclui no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e da Suprema Corte, em especial, "a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, conforme Andrade"[81], por ser encargo específico dos Poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, o Poder Judiciário poderá assumir tal função quando os órgãos estatais competentes descumpram seus encargos político-jurídicos, vindo a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos constitucional protegidos, mesmo que definidos em cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte que:

> O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

[81] ANDRADE, José Carlos Vieira de **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 1987.

Registra o voto que:

> No entanto, não se deixa de conferir, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à 'reserva do possível', como refere Sunstein e Holmes[82], notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.

Quanto à questão orçamentária, essa é assim examinada pelo Ministro Celso de Melo:

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de se caracterizar pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política (BRASIL, 1988).

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o

[82] SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen; **The Cost of Rights**.1999.

ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

A 'reserva do possível' não pode ser excludente da responsabilidade estatal

> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível', ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente, quando dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Daí a correta ponderação de Barcellos:

> Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado.[83]

O objetivo do Estado é assegurar os direitos fundamentais e,

[83] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** 2002, p. 245-246.

nesse sentido, afirma o Ministro Celso de Mello que:

> A finalidade do Estado ao obter recursos para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas e da Carta de 1988, em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo, exatamente, os alvos prioritários dos gastos públicos.

O ‘mínimo existencial’ é, prioritário e essencial nos gastos:

> Apenas depois de atingi-los, é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Adverte Celso de Mello que a implementação dos direitos sociais e econômicos é onerosa:

> Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da 'reserva do possível', ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Sendo responsabilidade estatal efetivar os direitos econômicos, sociais e culturais, os elementos componentes do binômio razoabilidade da pretensão/disponibilidade financeira do Estado devem se configurar afirmativamente, em situação de cumulativa ocorrência, uma vez que, com a falta de um desses elementos, descaracteriza-se a possibilidade estatal de por em prática esses direitos.

Nessa perspectiva, a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas assumidas por aqueles que, por delegação popular, estão investidos em um mandato eletivo, não sendo absolutas, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador e a liberdade de atuação do Poder Executivo.

> É que, se tais poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí então, justificar-se-á, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico,

> como precedentemente já foi enfatizado, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar a todos o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Extremamente pertinentes, a tal propósito, são as observações de KRELL[84]:

> A constituição confere ao legislador uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado, o chamado 'livre espaço de conformação' [...].
>
> Num sistema político pluralista, as normas constitucionais sobre direitos sociais devem ser abertas para receber diversas concretizações consoante as alternativas periodicamente escolhidas pelo eleitorado. A apreciação dos fatores econômicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação desses direitos cabe, principalmente, aos governos e parlamentos. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a

[84] KRELL, Andreas J. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma visão comparativa. In SARLET, Ingo. **A Constituição Concretizada:** Construindo Pontes com o Público e o Privado. 2000.

> revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. [...] Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (grifei).

Com as considerações apresentadas, o Ministro Celso de Mello justifica plenamente pertinente, diante da natureza constitucional da controvérsia jurídica, ora suscitada nesta sede processual, a impugnação a ato emanado do Senhor Presidente da República, que poderia acarretar “um grave comprometimento, na área da saúde pública, da execução de política governamental decorrente de decisão vinculante do Congresso Nacional,

consubstanciada na Emenda Constitucional nº 29/2000”(RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Ocorre, no entanto, como já referido no início dessa decisão, que se registrou, na espécie, situação configuradora de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A inviabilidade da presente arguição de descumprimento, em decorrência da razão ora mencionada, impõe uma observação final: no desempenho dos poderes processuais de que dispõe, assiste ao Ministro-Relator a competência plena para exercer, monocraticamente, o controle das ações, pedidos ou recursos dirigidos ao Supremo Tribunal Federal, legitimando-se, em consequência, os atos decisórios que, nessa condição, venha a praticar.

Registre-se que,

> O Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu a inteira validade constitucional da norma legal que inclui, na esfera de atribuições do Relator, a competência para negar trânsito, em decisão monocrática, a recursos, pedidos ou ações, quando incabíveis e estranhas à competência dessa Corte, intempestivos, sem objeto ou que veiculem pretensão incompatível com a jurisprudência predominante do Tribunal (RTJ 139/53 - RTJ 168/174-175).

Nem se alegue que esse preceito legal implicaria transgressão ao princípio da colegialidade, eis que o postulado em questão sempre restará preservado ante a possibilidade de submissão da decisão singular ao controle recursal dos órgãos colegiados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, consoante essa

Corte tem reiteradamente proclamado (RTJ 181/1133-1134, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 159.892-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Para Celso de Mello, a garantia de efetividade dos direitos fundamentais não é exclusiva do poder executivo:

> Cabe enfatizar, por necessário, que esse entendimento jurisprudencial é também aplicável aos processos de controle normativo abstrato de constitucionalidade, qualquer que seja a sua modalidade (ADI 563/DF, Rel. Min. PAULO BROSSARD - ADI 593/GO, Rel. Min. MARCO AURÉLIO - ADI 2.060/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.207/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO - ADI 2.215/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.)

Para o Ministro Celso Mello, o ordenamento positivo brasileiro

> [...] não subtrai, ao Relator da causa, o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, artigo 21, I) - o controle prévio dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata [...] (RTJ 139/67, Rel. Min. CELSO DE MELLO).
>
> Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, julgo prejudicada a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da perda superveniente de seu objeto. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 29 de abril de 2004 (Ministro CELSO DE MELLO Relator).

No seu voto, o Ministro continua afirmando que, as questões pertinentes à garantia dos direitos sociais e à formulação das políticas públicas não são restritas ao Executivo, por terem como alicerce legal a Constituição Federal. Dessa forma, a responsabilidade pela adoção de políticas públicas, ajustadas ao que preceitua a Constituição, é também uma atribuição do Poder Legislativo e, forma subsidiaria, do Judiciário.

> No que se refere especificamente à intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa, para impor a implementação das políticas públicas voltadas à concretização dos direitos fundamentais, o tema é absolutamente controvertido. As limitações orçamentárias do Estado, diante da denominado 'princípio da reserva do possível', constituem-se em óbices a interferência do Judiciário na definição de programas e de políticas do Executivo, além, por uma questão óbvia, da independência que deve prevalecer nas relações entre os Poderes (Ministro CELSO DE MELLO Relator).

Não obstante, tem decidido o Supremo Tribunal Federal – STF que o direito à saúde e à educação são direitos indissociáveis do comando constitucional, que se traduzem em bem jurídico tutelado, como direitos sociais, tendo o Poder Público o dever de formular e implementar políticas públicas (econômicas e sociais) que visem a garantir ao cidadão o acesso à universalização dos serviços essenciais para a população. De acordo com o Supremo Tribunal Federal:

> É dever do Estado, assegurar a todos os cidadãos

> o direito fundamental a saúde. Da mesma maneira o direito a educação, insculpido na Constituição Federal, é direito indisponível em função do bem comum, por qualificar-se como direito fundamental, não se submete a avaliação discricionária da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental.

Diz o Ministro Celso de Mello, quando do julgamento no RE n° 271.286/RS, no Supremo Tribunal Federal:

> O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconseqüente.

Paralelamente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em harmonia com as decisões do Supremo Tribunal - STF, tem corroborado a tese de que os direitos fundamentais, a exemplo da educação e saúde, como prerrogativas que se encontram estabelecidas no texto constitucional, impõe ao Estado a obrigação de criar as condições objetivas que possam possibilitar o acesso à educação e à saúde, configurando-se a inaceitável omissão estatal, como dever que lhe é imposto pela Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Em relação ao direito constitucional à saúde e à educação, concebidas como direitos de todos e dever do Estado, este deve

adotar as medidas necessárias e urgentes, valendo-se de políticas sociais e econômicas, como forma de assegurar esses direitos, como direitos fundamentais da pessoa humana.

Com o propósito de assegurar a educação infantil para crianças de até seis anos de idade, como direito que lhe é assegurado no próprio texto da Constituição Federal, considerando o dever jurídico do Estado em atender a necessidade social, o Ministro Celso de Mello, relator do RE-Agr 410715-SP, assim decidiu:

> A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida as crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral e, como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso a pré-escola. Essa prerrogativa jurídica, em conseqüência, impõe ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças de zero a seis anos de idade, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental.

É, ainda, decisão do Supremo Tribunal Federal que:

> Os municípios que atuarão prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, não poderão demitir-se do mandato constitucional juridicamente vinculante, que lhe foi outorgado pelo artigo 208, inciso IV, da Lei Fundamental da República, o que representa fator de limite da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais [...]

Concluiu o Supremo sobre a hipótese de interferência do Poder Judiciário na definição de políticas públicas:

> [...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Executivo e Legislativo, a prerrogativa de formular e de executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam elas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, por importar em descumprimento dos encargos políticos - jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnado de estatura constitucional. A questão pertinente a reserva do possível.

Na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça também pacificou o entendimento no sentido de que o Poder Judiciário pode sim interferir na definição de políticas públicas para assegurar a efetividade dos direitos sociais, quer seja na educação de crianças até seis anos, quer no fornecimento de medicamento para portadores de doenças graves.

Diz o Ministro Luiz Fux, quando do julgamento do Recurso Especial n° 753565/MS, sobre a matéria:

> A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do Judiciário na esfera da administração. Deveras, não há

> discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

No que diz respeito ao fornecimento de medicamento para pacientes portadores de doenças graves, o Ministro Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial n°. 857502/RS, decidiu pelo bloqueio de verbas do Estado do Rio Grande do Sul para assegurar o fornecimento de medicamento para paciente portador de doença grave, sob o fundamento de que a ausência do Poder Público no fornecimento de medicação não se constitui em interferência do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo, quanto à conveniência e à oportunidade, mas de verdadeira observância do princípio da legalidade.

Foi no sentido desse mesmo entendimento que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal determinou ao Distrito Federal a disponibilização de medicamentos para pacientes portadores de doenças de origem genética – fibrose cística – bem como a implantação de uma central para o atendimento para esses pacientes, com o objetivo de assegurar a efetivação do tratamento de saúde. A decisão foi tomada em face das dificuldades apresentadas pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal em atender à demanda dos pacientes. Essa decisão da Justiça é outro exemplo da necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

A execução de políticas públicas sociais e sua implementação pelo Poder Executivo, especialmente aquelas concernentes aos direitos fundamentais, devem sofrer o controle por parte do Poder Judiciário, o qual, no caso de descumprimento por parte do Governo, tem a legitimidade e o poder-dever de interferir e, especialmente, fazer cumprir com efetividade o mandamento constitucional.

Como observa Moraes:

> As constituições brasileiras de 1934 e 1937 vedavam expressamente o Poder Judiciário de conhecer questões exclusivamente políticas. Essa vedação no entender de Seabra Fagundes, não obstante o silêncio da atual Carta Política, persiste, porque decorre da índole do regime e dos imperativos do seu funcionamento. Para o ilustre autor, as atribuições de cunho estritamente político dos Poderes Legislativo e Executivo são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.[85]

Adverte, ainda, a citada autora:

> [...] Os atos políticos têm alto teor de discricionariedade, mas, como todo e qualquer ato discricionário têm um componente jurídico, passível de interferência judicial.[86]

O Executivo, quando da elaboração das políticas públicas, deve ter como referência os direitos sociais, previstos no texto constitucional, para assegurar o desenvolvimento econômico, garantindo a todos uma existência digna. Distanciando-se, o Executivo, desse objetivo maior do Estado, cabe ao Judiciário o poder e o dever de assumir a responsabilidade na ação providencial

[85] MORAES, Germana de Oliveira**. Controle Jurisdicional da Administração Pública.** 1999, p. 165.

[86] MORAES, op. cit. 1999, p. 165.

dos fins desejados pelo Estado, assegurado no texto constitucional. Começam a surgir, então, as primeiras formulações sobre o controle do Poder Judiciário na atuação do Poder Executivo.

Entende o Superior Tribunal de Justiça que a escassez de recursos públicos frente à limitação orçamentária, diante da enorme responsabilidade que o Estado assumiu, particularmente a partir da Constituição de 1988, tem sido utilizada como argumento para justificar a ausência de implementação de políticas sociais para a concretização dos programas governamentais de interesse social, previstos na Constituição, a partir do princípio da reserva do possível.

No mesmo sentido, para o STJ, não pode a Administração Pública valer-se de tal instituto para inadimplir o cumprimento das normas constitucionais que são vinculadas aos direitos fundamentais.

O princípio da ‘reserva do possível’ tem sido utilizado como um verdadeiro ‘escudo’ por parte do Poder Público para se proteger da imposição que o texto constitucional lhe impõe para a concretização dos direitos sociais e econômicos. O discurso oficial da escassez de verbas no orçamento, para a implementação de programas sociais, tem que ser revisto diante da opção de gastos em outros setores de atividade, a exemplo da publicidade institucional, que não tem a mesma relevância e as prioridades de implementação em relação à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente a saúde e educação.

Na mesma linha de entendimento, Santos afirma que o Poder Judiciário vem assumindo um papel especialmente relevante para a concretização e controle das políticas públicas, assumido a condição de agente político e não meramente técnico jurídico.

> As relações estabelecidas entre os Poderes de Estado de um lado e as relações entre o

> Judiciário, especificamente, as forças políticas e a sociedade vêm forçando os aplicadores do direito a tomar posição como agentes políticos e não meramente como técnico jurídico. Essa nova feição gera desconfiança e receio, dada a potencialidade para o arbítrio que qualquer incremento de controle gera. Dessa feita, em âmbito que se pode dizer mundial, os primeiros esboços doutrinários começam a surgir acerca da função e importância do controle judicial da atuação do Executivo, expressa pela adoção de políticas públicas.[87]

Bercovici[88] afirma, com fundamento na análise de Canotilho, que se tornaria muito difícil a adoção de mecanismos de controle da constitucionalidade das políticas públicas, uma vez que estas seriam transformadas em paradigma de conduta, limite na ordem constitucional, e seria retirada dos governos a autonomia política de escolha de alternativas de ação dos gestores políticos.

O autor citado conclui que não seria possível, também, à luz de um regime democrático, tornar obrigatório o cumprimento de um programa de ação, pelo agente político. Destaca-se, no dito anterior, que as normas concernentes aos Direitos Fundamentais são normas de aplicação imediata, conforme consta do parágrafo 1º., do artigo 5º. da Constituição Federal (BRASIL, 1988), assegurando a eficácia dos direitos sociais, os quais podem ser imediatamente invocados, ainda que não exista lei que os regulamentem.

Krell [89] enfatiza que o fundamento de qualquer política pública

[87] SANTOS, Maria Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. n. 158 abr./jun. 2003. p. 271.

[88] BERCOVICI, Gilberto.**Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Maxilimonad, 2003, p. 304.

[89] KRELL, Andreas J. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma visão

é distinguir e diferenciar para a melhor alocação dos recursos disponíveis na sociedade. Segundo o autor citado:

> Essas políticas expressam escolhas realizadas pelo vários centros de decisão estatal, sendo limitadas pelas normas programáticas constitucionais [...] Onde o processo político (Legislativo, Executivo), falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nelas implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição da prestação dos serviços sócias básicos.[90]

Para Bercovici, o controle sobre as políticas públicas pode ser efetivado

> [...] não apenas em seu aspecto de legalidade formal, mas também no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins da Constituição, que são, entre outros, fundamentalmente, os fixados no artigo 3º. [91] Para o autor mencionado, é inconstitucional, portanto, qualquer política pública proposta que atente contra os fins determinados na Constituição de 1988, que desconsidere ou

comparativa. In SARLET, Ingo. **A Constituição Concretizada:** Construindo Pontes com o Público e o Privado.2000.

[90] KRELL. Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLE, Ingo (org). **A Constituição Concretizada.** Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.56

[91] Idem. Ibidem.

> prejudique o desenvolvimento e a diminuição das disparidades regionais. [92]

A arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF, decorrente da Constituição, como está previsto no artigo 102, parágrafo 1º., na análise de Bercovici[93], seria um instituto propício para se efetivar o controle sobre as políticas públicas. Tem, a ADPF, o objetivo de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental de ato do Poder Público. Apresenta, dessa forma, um caráter preventivo e repressivo quando da lesão a preceito fundamental por ato do Poder Público.

Trata-se de um instrumento de proteção aos 'preceitos constitucionais fundamentais' definidos pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objetivo é fiscalizar a ameaça de lesão ou a própria violação dos referidos preceitos ou regras fundamentais. Acrescenta-se que não será admitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental, havendo outro meio processual previsto no ordenamento jurídico brasileiro, possível para sanar a lesividade ao preceito ou a ameaça de lesão, especialmente quanto ao desenvolvimento nacional.

O Congresso Nacional editou a Lei nº 9.882/99 para regulamentar o artigo 102, parágrafo 1º. da Constituição Federal (BRASIL, 1988), estabelecendo que o órgão competente para processar e julgar a ADPF é o Supremo Tribunal Federal. Os legitimados ativos para a interposição são os mesmos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade e as hipóteses de cabimento são as seguintes: para evitar lesão a preceito fundamental resultante da omissão do Poder Público; para reparar lesão a preceito fundamental e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo

[92] BERCOVICI, Gilberto. op. cit., p. 304.

[93] BERCOVICI, Gilberto,.op. cit., p. 208.

federal, estadual ou municipal.

Dantas[94], em meados da década de 1970, já contemplava o desenvolvimento inserido no que denominava de 'Direito Constitucional do Desenvolvimento', como forma de assegurar às gerações futuras as necessárias mudanças dos valores sociais e culturais, bem como a própria infra-estrutura econômica, por meio do Direito Econômico, reconhecendo a predominância da influência do social sobre o político e, por via de consequência, sobre o econômico. Conclui o autor citado[95]:

> [...] nesse sentido, inclusive, podemos falar de Direito Constitucional do desenvolvimento, cujas primeiros passos estão representados pelo chamado econômico, hoje tão em voga.

Da leitura do texto constitucional, pode-se inferir que o direito ao desenvolvimento econômico é um direito fundamental e traz preceitos que são essenciais para a orientação da atuação do Estado com vista ao bem-estar da população.

Na mesma linha de entendimento, Silva afirma que:

> O legislador constituinte, ao optar pelo desenvolvimento nacional como condição *sine qua non* de realização dos fins da República delimita a interpretação dos dispositivos no bojo da

[94] DANTAS, Ivo. **Ciência política:** Teoria do Poder e da Constituição. Rio de Janeiro: Rio, 1975, p. 63-64.

[95] DANTAS, Ivo. op. cit., p. 63-64.

Constituição Federal de 1988. [96]

Ensina Rocha[97] que o artigo 3º. da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que determina os objetivos a serem atingidos pela ordem jurídica infra-constitucional, obriga, não só as autoridades, mas também os particulares, a atribuírem o entendimento próximo da finalidade prevista no texto constitucional, cabendo ao agente público buscar no direito a sua função social previamente determinada.

Para Rocha,

> O intérprete, sobretudo o juiz, não pode ignorar a função social do direito no sentido de que a lei é editada para alcançar um objetivo social determinado. Disso decorre a necessidade de o intérprete pesquisar o fim social da lei, para adequar sua interpretação ao mesmo. Hoje, o fim social da lei está indicado nos princípios constitucionais. [98]

Assim, a adoção de instrumentos jurídicos para a fundamentação das políticas públicas deve buscar o fim social na própria lei, adequada aos objetivos maiores prefixados na Carta da

[96] SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento.** São Paulo: Método, 2004, p. 62.

[97] ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 65.

[98] idem, p. 65.

República.

O exame do inciso XXII, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988 revela, de forma clara, a preocupação do legislador constituinte com aparelhar o Estado de forma adequada e de forma integrada, assegurando mecanismos de fortalecimento da política de arrecadação tributária, no nível dos três entes da Federação, por se tratar de atividade essencial ao funcionamento do Estado, determinando, inclusive a alocação prioritária de recursos para o exercício de suas atividades, exercida por servidores de carreiras especificas.

Dúvidas não existem de que o objetivo a ser alcançado com o mencionado comando normativo é, especialmente, garantir instrumentos eficazes para a política de arrecadação do Governo. Evidentemente, a ação governamental necessita de instrumentos e aparelhamento adequado para assegurar a sua arrecadação tributária. Entretanto, ela não pode ser um fim em si mesma. A sede de tributação não pode e, especialmente, não deve comprometer o objetivo fim do Estado, merecendo, por parte do legislador constituinte, a primazia na arrecadação da receita sem, em contrapartida, definir a prioridade de alocação dos recursos nos fins sociais a que se deve destinar.

Quando o texto constitucional elege a atividade administrativa tributária do Estado como essencial, destinando recursos prioritários para as suas atribuições como carreira específica para os servidores dessas atividades, na realidade privilegia a arrecadação pela arrecadação. Tanto isso é verdadeiro que o dispositivo constitucional sob comentários prevê o compartilhamento de informações e de cadastros entre os diversos entes federados através de convênios.

O texto insculpido no artigo 52, inciso XV, da Constituição da República, dentro da mesma principiologia da política de tributação e arrecadação comentada anteriormente, determina a avaliação periódica do sistema tributário nacional, tanto do ponto de vista da funcionalidade, como do desempenho da administração tributária dos entes federados, União, Estados, Municípios e do Distrito

Federal.

A lógica que permeia a administração tributária, sob o ponto de vista de gerenciamento da execução de tributos, supõe, necessariamente, mecanismos de desempenho de arrecadação. Sob o ponto de vista do desenvolvimento econômico, a funcionalidade do sistema tributário nacional deve ser avaliada periodicamente para assegurar as condições mínimas necessárias que possam efetivamente assegurar o processo de desenvolvimento econômico, na maioria das vezes, com o alívio da administração tributária para atingir o objetivo maior do desenvolvimento.

De acordo com o artigo 146, inciso III, letra ‘d’ da Constituição Federal de 1988, o tratamento diferenciado e favorecido que deve ser assegurado às microempresas e às empresas de pequeno porte, não pode ser objeto da retórica. A ação governamental tem que ser, para esses segmentos do setor produtivo, amplamente consistentes, valendo-se de políticas de crédito favorecido com reduzida taxa de juros, facilidades nos procedimentos e redução nos custos financeiros de constituição dessas empresas, orientação mercadológica, capacitação empresarial e da mão-de-obra alocada nesses segmentos importantes da economia, inclusive com a orientação e assistência técnica dos órgãos oficiais de financiamento voltados para esta parcela do setor produtivo.

O favorecimento para as microempresas e empresas de pequeno porte deve ser assegurado por um regime simplificado do recolhimento de impostos e das contribuições devidas por essas entidades, de forma a garantir a expansão e a redução de custos dessas empresas, obedecendo a alguns critérios definidos no texto constitucional, como, por exemplo, o caráter da opcionalidade para o contribuinte, critérios diferenciados por Estado, recolhimento unificado e centralizado, repasse imediato aos entes federados, impossibilidade de retenção ou condicionamento dos valores recolhidos, implementação do cadastro de contribuintes único para todos os entes da federação, possibilidade de compartilhamento das atividades de arrecadação, fiscalização e cobrança dos impostos e contribuições.

O exame do artigo 146-A da Constituição Federal (BRASIL, 1988) refere-se ao estabelecimento de critérios específicos para a política tributária, no nível dos três entes federados, visando, especialmente, a assegurar os mecanismos da livre concorrência e do livre mercado, como filtro para os possíveis desequilíbrios do mercado e da competitividade para assegurar o desenvolvimento econômico, através dos mecanismos de mercado.

O artigo 153, inciso IV da Carta da República (BRASIL, 1988), estabelece que para favorecer a expansão da produção dos bens de capital, máquinas e equipamentos, o inciso IV, do parágrafo 3º. do mesmo artigo, que faz referência ao Imposto sobre Produtos Industrializados, prevê uma redução do impacto do mencionado tributo quando da aquisição de bens de capital. O objetivo é assegurar a expansão do setor produtivo nacional com a importação de nova tecnologia e o incremento da planta do setor produtivo, para assegurar o processo de crescimento econômico.

No mesmo sentido, o artigo 153, parágrafo 4º. inciso VI, expressa que a proposta do legislador constituinte, com esse dispositivo, é expandir a atividade produtiva em contraponto à propriedade improdutiva, assegurando a progressividade do imposto sobre a propriedade territorial rural e a fixação de alíquotas diferenciadas em função do tipo e da utilização de forma que venha a desestimular, por parte do proprietário, a manutenção da denominada 'propriedade improdutiva'. A questão central dessa política é a definição do que vem a ser a propriedade improdutiva. Seria aquela que não gera emprego e renda? Qual o critério para definir o nível de produtividade de uma propriedade? Essas são questões que não estão bem definidas e para as quais inexiste uma resposta certa.

O texto constitucional faz referência ao fato de que o imposto não tem incidência sobre pequenas propriedades de terra, exploradas exclusivamente pelo seu proprietário, desde que este não possua outro imóvel. Percebe-se que o constituinte procura sinalizar que a pequena propriedade de produção unifamiliar deve ser resguardada, uma vez que se reconhece, nessas unidades,

importante instrumento de geração de renda e emprego para a parcela de baixo nível de renda da população, que sobrevive no meio rural.

Importante inovação nesse dispositivo é a transferência para os entes municipais de sua fiscalização e cobrança, desde que não implique em renúncia fiscal. Aqui, o legislador procurou impedir que o ente federado municipal utilizasse esse instrumento como forma de atrair investimentos com a redução do imposto, instrumento da denominada 'guerra fiscal'.

O artigo 155, parágrafo 2º., inciso X, alínea 'a', trata do favorecimento à política de exportações do governo, como instrumento hábil para assegurar *superavits* na balança comercial, especialmente para as operações que tenham como objetivo, não somente a destinação de mercadorias para o Exterior, mas também para aqueles serviços prestados para destinatários também do Exterior. A ênfase das políticas públicas para o comércio internacional passa a ser fator determinante na geração de dólares para pagamento dos compromissos internacionais.

Em consequência, pretende o legislador constituinte criar incentivos para o setor exportador da economia, considerando, em primeiro lugar, a relevância que apresenta o setor para a política externa do país; segundo, porque o setor é estratégico para o governo atingir saldos positivos na balança comercial e gerar *superávit* para o pagamento do serviço da dívida, bem como é importante instrumento para a geração de emprego e renda, contribuindo com o desenvolvimento da economia.

A redação anterior do artigo 170, no inciso VI, apresentava, dentre os princípios da 'Ordem Econômica', apenas a defesa do meio ambiente. A nova redação acrescenta o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e de prestação de serviços, segundo uma tendência mundial de constitucionalizar a proteção ambiental, como parte do processo de desenvolvimento econômico.

Segundo o artigo 195, inciso IV, passa a onerar o importador de bens ou de serviços do exterior no financiamento da seguridade social, por meio de contribuições sociais. Se, por um lado, a medida gera recursos para o orçamento e para o financiamento das atividades de seguridade social, por outro lado, torna as importações mais caras, o que se refletirá em dois aspectos: o primeiro é a elevação dos preços dos produtos e serviços com formação de custos em artigos importados e o segundo efeito é o desestimular a busca do mercado externo e favorecimento do mercado interno, como consequência imediata.

CAPÍTULO 4

A ‘ORDEM ECONÔMICA’ NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: A ‘CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA’. A RELAÇÃO DIREITO E ECONOMIA

Julga-se relevante destacar que a Constituição Federal de 1988 consagra a economia de mercado, de natureza capitalista, como a ordem que assegura os princípios gerais do liberalismo econômico que, consequentemente, traz o liberalismo político como o regime garantidor das liberdades políticas e dos direitos individuais. Logo, a dimensão do liberalismo se consolida em sua expressão econômica e política. Assim, a relação dialética entre a economia e o direito se confronta em uma ‘Ordem Econômica’ capitalista e, ao mesmo tempo, fundada na justiça social.

No mesmo instante em que a ‘Ordem Econômica’ constitucional reconhece e assegura a propriedade privada e a livre concorrência como pressupostos fundamentais do sistema capitalista, condiciona a propriedade privada à sua função social e a livre concorrência ao bem-estar da sociedade como um todo, para garantir a justiça social.

Grau esclarece que,

> O princípio da justiça social, assim, conforma a concepção de existência digna, cuja realização é o fim da ‘Ordem Econômica’ e compõe um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, trata da consagração de princípios constitucionalmente conformador de toda a

> atividade econômica, exigência de qualquer política econômica capitalista. [99]

Em que pese os argumentos pela harmonia dos postulados do liberalismo econômico com os de justiça social, adota-se o entendimento de Bugarin, segundo o qual:

> É plausível se inferir que a opção constitucional por um regime protetor estimulador dos postulados econômicos liberais não é suficiente, de per si, para a edificação da proposição chave do texto constitucional de 1988, qual seja, a consolidação de um Estado democrático de direito em nosso país.[100]

Para Bastos,[101] a relação entre o direito e a economia se materializa na chamada Constituição Econômica, definida como o conjunto de normas que se destinam à normatização da economia, inclusive estabelecendo limites para quem deve exercê-la. Afirma o autor referido, que a Constituição Federal,

> [...] por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado, tanto administrativo, legislativo e judicial, acaba sempre tomando uma posição em face da matéria econômica. Se não tivesse normas explicitas sobre ela, prevalece o que poderíamos chamar de uma 'Ordem Econômica' implícita. [102]

Nesse sentido, o conceito de Constituição Econômica pode ser apresentado sob diversas formas. Torna-se relevante,

---

[99] GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1990. p**.** 240.

[100] BUGARIN, Paulo Soares. Controle Abstrato e Concentrado de Constitucionalidade. 'Ordem Econômica' e Antinomia de Princípios: Liberalismo Econômico e Justiça Social. **Revista Fórum Administrativo** – Direito Público. Ano 3. nº 34. p. 3194, Belo Horizonte: dez./2003.

[101] BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 10. nº 39, p. 92, abr./jun./2002.

[102] BASTOS, Celso Ribeiro. op.cit., p. 92.

inicialmente, investigar se a Constituição Econômica é a ordem jurídica da economia ou se, na realidade, ela se constitui o conjunto de normas do texto constitucional relacionadas com a atividade econômica.

É pacífico, atualmente, o entendimento de que a Constituição Econômica alberga tanto as normas relacionadas com a atividade econômica, como também, se constitui nas normas que, no texto constitucional, materializam a economia. É consensual, também, o pensamento de que a Constituição Econômica não se restringe, apenas, àquelas normas que se concentram em um capítulo específico da Constituição, mas aparece dispersa em todo o texto da Lei Fundamental.

No mesmo sentido, Scaff assinala que:

> Poder-se-ia exemplificar, no caso brasileiro, com um sem-números de normas imprescindíveis para desenvolvimento de seu sistema econômico, integrando as normas que regem a relação capital-trabalho (Consolidação das Leis do Trabalho) e aquelas que regem a organização do capital (Lei das Sociedades Anônimas e Código Civil). Dentre os que entendem que a constituição econômica encontra-se encerrada na Constituição, existem os que identificam este conceito com o de 'Ordem Econômica' constitucional, localizando topograficamente ambos os conceitos. Outros autores fazem questão de distinguir entre constituição econômica formal e constituição econômica material. Dizem que a primeira encerra todas as normas constitucionais que tratam de matéria econômica, estejam ou não incluídas propriamente no capitulo da 'Ordem Econômica'; sendo que a segunda, material, abrange não apenas as normas constitucionais, mas todas aquelas que concedem a efetiva organização da

economia de um Estado.[103]

Registra, ainda, Scaff que:

> No caso brasileiro, normas constitucionais inscritas no capítulo do Sistema Financeiro Nacional fazem parte da constituição econômica formal. No mesmo sentido fazem parte deste conceito de constituição econômica formal os preceitos referentes aos Princípios Fundamentais da República, dentre eles o de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais, que se configuram como objetivos fundamentais da República brasileira.[104]

Com essa distinção, torna-se possível identificar, no conceito de constituição econômica formal, normas constitucionais que regulamentam a matéria de natureza econômica, estejam no capítulo que trata da 'Ordem Econômica' ou não. Assim, é importante registrar que as normas que não estejam necessariamente localizadas no texto constitucional, que trata da 'Ordem Econômica', mas que alcançam a matéria, fazem parte da Constituição Econômica.

A relação entre a Economia e o Direito tem uma concepção complexa e especialmente variada. Diante de seu aspecto normativo, ou como sistema de normas de conduta, pode-se afirmar que o Direito tem como principal objetivo regular as relações sociais ou de convivência humana, tendo como característica marcante a sua obrigatoriedade extensiva a todos os indivíduos.

---

[103] SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos de Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar. 2003 p. 260.

[104] SCAFF, op. cit. p. 261.

O Direito, entendido como uma força suprema para a organização da sociedade, buscando o equilíbrio e a harmonia social, pode ser traduzido como um conjunto de normas que têm como escopo definir a conduta solidária dos homens, de forma coercitiva, se necessário, para assegurar a harmonia nas relações sociais. Indaga-se: é o Direito o instituto normativo da 'ordem' econômica? Pode-se inferir que o Direito é uma ordem que procura disciplinar a conduta dos agentes econômicos.

Como bem observa Souza,[105] existe uma enorme vocação da Economia para o Direito, uma vez que a Economia avança em novos espaços, no que diz respeito aos fundamentos conceituais que lhe servem de base, onde o ser humano atua como no campo das leis, tomando os fatos novos por objeto de seu estudo.

A relação entre direito e economia foi examinada por Ghersi sob o seguinte aspecto:

> Enquanto a economia trata, sempre aprioristicamente, de possibilitar ao homem o acesso aos bens e serviços, necessários para a reprodução humana, como sustenta Galbraith, assim como aqueles produtos e serviços que excedem este objetivo, mas dão ao homem prazer, bem-estar e felicidade individual e social em sua trajetória por este mundo. A interconexão de ambos – direito e economia – é o resultado de se estabelecer como conteúdo as regras de acesso aos bens e serviços, entre produtores e consumidores, levando-se em conta o momento histórico, o sistema econômico, a localização geográfica, assim como a reposição de recursos econômicos... para estudar o tema, então, não se pode fazê-lo somente a partir de uma abstração, pois neste aspecto surge o marco teórico, isto é, o

[105] SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: SAFE. 2002. p.28.

> direito econômico, como categoria autônoma, senão que deve combinar-se com outra disciplina: a sociologia. [106]

A Economia, na definição de Say,[107] é uma ciência que tem como objetivo revelar a maneira pela qual se formam as riquezas, como se distribui e como são consumidas. A Economia pode também ser definida como a ciência que estuda a melhor forma de alocação dos recursos escassos. Da mesma forma, pode-se definir a Economia como a ciência cujo objeto de estudo é a atividade de produção e comercialização de produtos e serviços. Tem como fundamento estudar o problema de melhor alocação dos recursos produtivos, denominados de fatores de produção, como a terra, capital, trabalho e conhecimento, para atender aos desejos da coletividade.

Isso sugere outra indagação: a 'Ordem Econômica' é quem define o ordenamento jurídico que lhe é próprio? Esse conflito deve ser examinado sob a leitura de que a 'Ordem Econômica' brasileira apresenta, de um lado, os postulados do capitalismo liberal ou do liberalismo econômico como a livre iniciativa, a livre concorrência e a propriedade privada dos meios de produção e de outro, os imperativos de ordem social com a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade e a defesa do consumidor.

Utilizando um instrumental estatístico, matemático e econométrico, a Economia estuda o mercado de produção, a distribuição de renda, a oferta e procura de bens e serviços e a formação de preço. Apresenta uma análise microeconômica, quando

---

[106] GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. ERT. Ano 13 nº 51, p 250-251, jul./set. 2004.

[107] SAY, J.B. **Tratado de Economia Política.** 1983, p. 141.

tem o foco na atividade individual de produção, comportamento da empresa *versus* comportamento do consumidor, ou o exame da atividade econômica de toda a sociedade, a geração de emprego e renda, políticas públicas e formas de intervenção estatal no domínio da economia. Nesse caso, trata-se do estudo da macroeconomia.

O estudo da economia na modernidade revela uma abrangência muito mais acentuada, considerando-se as diversas escolas do pensamento econômico, as quais apresentam concepções metodológicas muitas vezes divergentes.

Vê-se, portanto, que a Economia é a ciência que tem como objeto de estudo as relações sociais de produção, circulação e distribuição dos bens e serviços, definindo as leis que regulamentam essas relações e suas limitações impostas pela ordem jurídica estatal.

A macroeconomia é considerada como o ramo da Economia que estuda o comportamento de todos os agentes do sistema econômico. Seus objetos de estudo são os agregados econômicos, como: a renda nacional, o nível de emprego, o comportamento dos preços de produtos e serviços, o nível de consumo agregado e a formação de poupança, bem como o volume de investimentos na atividade produtiva e, especialmente, as políticas públicas: fiscal, tributária, monetária, crédito, para o desenvolvimento econômico.

Direito e Economia são, na esfera constitucional, partes de um todo que se encontram no contexto de inter-relações agrupadas sob o manto da Constituição Econômica. Assim, pode-se afirmar, com segurança, que a transformação de um Estado com modelo de identidade liberal para um Estado com natureza social, deve-se, em parte, à instituição de uma constituição econômica ou, como alguns autores preferem, à constitucionalização de uma 'Ordem Econômica', ou ainda à normatização da Economia no âmbito do Direito Constitucional, ocasionado uma crise entre o econômico e o político.

Albuquerque apresenta como a causa da crise do Estado Moderno,

> A expansão desmedida do econômico e de sua autonomização perante o político e o jurídico, acentua um problema já percebido desde a emergência do Estado Liberal: o da insuficiência e limites dos processos de democratização do Estado. [108]

Ao conjunto de todas as normas e atos jurídicos que disciplinam a economia denomina-se de 'Ordem Econômica' ou ordem jurídica econômica. Essas normas foram um sistema que se caracteriza por uma unidade e uma coerência, formando a arquitetura ou o desenho do sistema econômico, dentro de uma ordem jurídica maior que constitui o modelo social e político.

Retornando ao debate sobre o econômico e o jurídico, ensina Cretella Júnior [109] que a expressão 'Ordem Econômica' representa um conjunto de princípios e regras jurídicas que regulam matéria e conteúdo compatível com a Constituição e por ela protegida, formada por regras jurídicas rígidas, resguardando os interesses da economia contra ato de qualquer natureza que seja atentatório aos seus preceitos, quer sejam atos ou manobras dos particulares ou do próprio Estado, constituindo-se em 'poder-dever' do Estado garantir a aplicação e o respeito aos seus mandamentos fundamentais.

Diz, ainda, Cretella Júnior:

---

[108] ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Formação, crise e resgate do conceito de soberania**. 1999, p. 138.

[109] CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 1993, p. 3948-3949.

> A expressão 'Ordem Econômica' designa, com as expressões Ordem Política e Ordem Social, um universo presidido por princípios e regras jurídicas rígidas, que as informam, assegurando-lhes condições de existência, resguardo e equilíbrio, endereçando-se, em cada Estado, a regra jurídica constitucional e a lei contra qualquer tipo de ato atentatório perturbador da atividade humana, no seio de cada Ordem. [110]

A questão da 'Ordem Econômica' é examinada com profundidade por Grau, [111] segundo o qual esse conceito foi incorporado às expressões jurídicas a partir da primeira metade do século XIX, o que significa, no sistema capitalista, o mundo do ser. Assim, a 'Ordem Econômica' é uma parcela da ordem jurídica.

Dessa forma, a ordem jurídica é um conjunto formado por uma ordem pública, uma ordem privada, uma 'Ordem Econômica' e uma ordem social. Acrescente-se que a ordem pública apresenta um sentido perfeitamente definido como o conjunto de normas cogentes, de natureza imperativa que prevalecem sobre as demais normas do âmbito do direito privado.

Weber[112] refere-se à ordem jurídica como aquela concepção do dever ser, que se pode afirmar como o ideal; por outro lado, a 'Ordem Econômica' é, na conceituação desse autor, o mundo dos acontecimentos reais. Não se pode perder de vista que a ordem jurídica, que forma a Constituição Econômica, dispersa no texto constitucional é uma conformação dos interesses envolvendo, de um lado, o setor privado dominante e de outro, os interesses das

[110] Idem, p.39-40.

[111] GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de 1988**. 2001, p. 48.(a).

[112] WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1969, p. 251.

classes menos favorecidas e do restante da população.

O estabelecimento de princípios fundamentais, no nível da 'Ordem Econômica' que, de certa forma, traduz-se nos princípios mandamentais da constituição econômica, é um procedimento indispensável voltado ao entendimento das complexas relações entre o Estado e a Economia, ou entre a ordem jurídica e a 'Ordem Econômica'.

Encontra-se, pois, nos princípios fundamentais da 'Ordem Econômica' estatal, todo o escopo necessário para o desenvolvimento das relações entre o Estado e a Economia. Mesmo considerando-se o modelo de Estado liberal, tem-se como pressuposto fundamental, para assegurar a ordem nas relações econômicas e sociais, a definição precisa das linhas de desenvolvimento das atividades econômicas, as normas constitucionais delimitadoras da atividade economia, quer sob o enfoque social quer sob o manto liberal.

Afirma Mukai[113] que o Estado Social foi constitucionalizado, inicialmente, à luz do direito alemão, em que vislumbrava, em cada texto, a normatização do Estado. Vê-se, por outro lado, a inclusão da expressão Estado Social e Estado de Direito. O artigo 281, da Lei Fundamental de Bonn, do ano de 1949, estabelece que "a ordem constitucional das Províncias há de se ajustar aos princípios da República Democrática e Social do Estado de Direito."

A partir desse instante, as Constituições que se seguiram passaram a conter dispositivos sobre a organização econômica. Na sua análise, Mukai[114] explica que não se trata, apenas, de acrescentar a palavra ou uma expressão ao texto constitucional; pelo contrário, o significado mais relevante é que, a partir dessa nova concepção, a 'Ordem Econômica' passa, efetivamente, a ser

[113] MUKAI, Toshio. **Participação do Estado na Atividade Econômica.** Limites Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 35.

[114] MUKAI, Toshio.op. cit., p. 35.

objeto de normas fundamentais que passam a ter assento na órbita da Constituição, elevando o paradigma da 'Ordem Econômica' ao centro da atividade estatal e mais recentemente o direito ao desenvolvimento como parte integrante dos direitos e garantias fundamentais.

Pode-se entender a definição de uma Constituição Econômica, como ensina Moreira, para o qual ela representa:

> [...] um conjunto das normas fundamentais, os princípios constituintes da 'Ordem Econômica', que a estruturam num todo [...] se o sistema econômico é a base do sistema global e se a constituição política contém a ordem jurídico-política fundamental do sistema social, então a Constituição Econômica tem de ter lugar na Constituição. [115]

Para Mukai,[116] as mudanças que contribuíram para uma nova concepção do Estado, nos moldes sociais, foram, fundamentalmente as revoluções sociais que se desenvolveram na Europa, mais especificamente a Revolução Soviética de 1917, a Revolução Italiana de 1923 e a Revolução Alemã de 1933.

A Segunda Revolução Industrial que, de certa forma, intensificou a produção econômica e contribui para o fortalecimento do Estado, com o aumento da arrecadação tributária, passou a exigir um controle mais eficiente dos gastos públicos e de normas especiais para a atividade financeira do Estado e para as finanças públicas, especialmente para as políticas desenvolvimentistas.

---

[115] MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do Capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973. p 147.

[116] MUKAI, op. cit., p. 35.

Não se pode deixar de destacar que a Primeira Grande Guerra e a Segunda Guerra Mundial também exerceram uma enorme influência sobre o novo modelo de Estado que foi, de forma acentuada, influenciado pela crise econômica de 1929 que atingiu os Estados Unidos e o resto do mundo. Essas grandes transformações, que abalaram as economias capitalistas, modificaram a sua estrutura, no que diz respeito à transformação, não só das empresas que se organizavam de forma individualizada, mas também, daquelas organizações que passaram a adotar um modelo de cunho coletivista. Ao longo de todos esses momentos, o Direito esteve acompanhando o processo de transformação e, por outro lado, numa perspectiva de dupla mão, recebendo os influxos desse processo de mudança que se operou na chamada 'Ordem Econômica' e na ordem social.

Escrever sobre a denominada 'Ordem Econômica' na Constituição ou, como preferem alguns autores, sobre a Constituição Econômica, não se constitui tarefa fácil, pois inexiste um conceito consolidado sobre o tema, podendo-se afirmar que a constituição econômica é um conjunto das normas e princípios fundamentais que regulam a 'Ordem Econômica'.

A doutrina tem, nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919, a primeira expressão de uma constituição que se poderia denominar de 'Ordem Econômica' constitucional, reconhecendo algumas exigências sociais e também econômicas, embora de forma dispersa por todo o texto. Várias outras tentativas de sistematização de uma 'Ordem Econômica' foram experimentadas na Espanha, em França, Itália e no Brasil, a partir de 1934.

Para Vaz,[117] indiscutível é a Constituição de Weimar (1919), aquela que apresenta mais prestígio entre os autores que se dedicam ao estudo do Direito Econômico, como "o documento jurídico de maior expressão e pioneiro na consagração dos direitos

[117] VAZ, Isabel. **Direito Econômico das propriedades.** Coimbra: Centelha, 1993, p. 111-112.

econômicos e sociais," muito mais expressiva do que a Constituição de 1917, do México.

No mesmo sentido, Moncada afirma que:

> Consolidado a medida do acréscimo da intervenção do Estado na economia, depois da Constituição de Weimar, fala-se por vezes de Constituição Econômica para designar precisamente os princípios fundamentais que dão unidade a atividade econômica geral e dos quais decorrem todas as regras relativas a organização e funcionamento da atividade econômica de uma certa sociedade.[118]

Destaca esse autor não ser necessário que todos os princípios ou dispositivos estejam concentrados em uma parte específica do texto da Constituição, o que ele denomina de parte especial; para ele, basta que os dispositivos que tratam da atividade econômica estejam dispersos por todo o texto constitucional ou em legislação avulsa Assim, a Constituição Econômica é parte essencial de todo o ordenamento jurídico.

A característica que mais identifica a 'Ordem Econômica' nessas constituições é a presença da intervenção do Estado na atividade econômica, de forma mais presente em algumas e em outras de maneira mais tímida; entretanto, uma concepção é comum em todas: a presença do Estado no centro da 'Ordem Econômica', quer como Estado patrimonialista quer como instrumento regulador da livre iniciativa, ou como Estado dominador da economia. Não se pode perder de vista, nessa concepção intervencionista, a segurança e a garantia dos direitos individuais e sociais.

[118] MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. Coimbra: Editora Coimbra. 2003. p. 102

Para Comparato,[119] a constitucionalização e o reconhecimento dos direitos humanos com o caráter econômico e social foi, sem sombra de dúvida, o principal benefício deixado pelos movimentos socialistas. É com o fundamento essencial da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos, que se pode argüir o 'direito ao desenvolvimento', nas palavras do autor supracitado.

Tácito[120] demonstra a relação entre a forma de intervenção do Estado e a consolidação do modelo de socialização do direito. A busca do interesse social é a característica marcante da nova arquitetura que se desenha, para o modelo atual do Estado, como finalidade básica ou como alvo principal para garantir melhores condições de vida à população, por meio da justiça social. Para Tácito,[121] a socialização do Direito e a forma de intervencionismo estatal tendem, aparentemente, a reforçar o princípio da autoridade, em detrimento da liberdade, mas, em verdade, somente se tornam legítimos quando procuram tornar efetivos os direitos individuais e sociais assegurados aos cidadãos.

Assim, a constitucionalização da 'Ordem Econômica' e, consequentemente, das formas de intervenção estatal, somente se racionalizam na medida em que têm o condão de assegurar o bem comum e a justiça social. Nessa linha de entendimento, o Estado precisa disciplinar a ordem privada, buscando garantir os interesses da sociedade e asseverar os princípios fundamentais da justiça social e do bem comum, assegurando o 'direito ao desenvolvimento' como garantia fundamental.

A propósito, a justiça social é, nos dias atuais, uma marca dos Estados Democráticos, constituindo-se um pilar fundamental da finalidade maior do Estado, por meio da política fiscal, uma vez que,

---

[119] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51-52.

[120] TÁCITO, Caio. **As reformas sociais e a Ordem Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 137.

[121] TÁCITO, Caio. **As reformas sociais e a Ordem Jurídica.** 1963, p. 137.

no âmbito da organização econômica, ou como princípio da ordem jurídica, a sua persecução é um princípio essencial do Direito e da Economia. Trata-se do valor primordial que sustenta a 'Ordem Econômica', prevalecendo a utilidade comum do coletivo sobre a utilidade individual. Esse é, sem sombra de dúvidas, o novo valor que informa a 'Ordem Econômica', devendo ser assegurado pela ordem jurídica.

Quando se fala da prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais, no contexto da 'Ordem Econômica', busca-se, na realidade, compreender as relações existentes entre o Estado, detentor maior do interesse público e sua forma de consagração com os institutos jurídicos fundamentais da utilidade individual, os denominados direitos fundamentais econômicos, que ainda sobrevivem nas constituições contemporâneas, mesmo que modificados em seus conteúdos originais, quais sejam: o direito de propriedade, a liberdade de iniciativa e a livre concorrência, incluindo-se, neste último, a liberdade de empresa e a de contratar, acrescentando-se ao rol o 'direito ao desenvolvimento'.

A doutrina apresenta uma ampla nomenclatura para as normas fundamentais da Constituição. Alguns denominam de normas-objetivas, normas-diretivas, ou normas-fins, normas-tarefas, normas-comando e princípios estruturais e diretrizes do ordenamento jurídico. Entende-se ser necessário reafirmar que a doutrina constitucional contemporânea faz uma distinção clara entre regra e princípio, classes do gênero norma jurídica. Em outras palavras, toda norma jurídica ou é uma regra ou um princípio. Quando presente o conflito entre regras, uma será invalidada em relação à outra. Quanto ao princípio, indica um direcionamento, pois havendo conflito entre eles um prevalece, mas não invalida o outro que poderá ser prevalecente em outro contexto de aplicação da norma.

No momento em que se examinam os princípios da 'Ordem Econômica' no âmbito constitucional, percebem-se, pelo menos, duas classes de princípios, com fundamentos diferentes, que se complementam para dar uma concepção sistêmica à ordem jurídica

na constituição econômica. De um lado, os princípios originários do modelo liberal e do outro aqueles princípios norteadores do modelo social. Aos princípios que se originam do Estado social de Direito, a doutrina denomina de novos princípios econômicos.

A função social da propriedade é um dos princípios mais relevantes que fundamentam a constituição econômica em um Estado Democrático de Direito. Assegura-se o direito à propriedade, de um lado, como corolário do sistema capitalista, mas se garantindo a sua função social para assegurar a justiça social. A Constituição Federal assegura à propriedade privada a sua função social, como um princípio fundamental da 'Ordem Econômica', objetivando garantir a todos uma existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

Nessa perspectiva, deve-se atentar para o fato de que a função social da propriedade, também prevista e elencada entre os direitos individuais, eleva-se à condição de um princípio de ordem geral, no âmbito da 'Ordem Econômica'.

A natureza do sistema econômico é revelada pelo regime da propriedade privada específica. O direito à propriedade privada, mesmo atrelando a sua função social, caracteriza o fundamento do sistema capitalista de iniciativa privada. É importante destacar que a propriedade, como função social, não significa uma limitação ao direito de propriedade, como se pode acreditar numa leitura superficial. Não tem o condão de socializar a propriedade, mas de assegurar, à luz do sistema capitalista, que essa propriedade possa garantir uma função social para se atingir o desenvolvimento econômico com Justiça Social.

No caso brasileiro, o inciso XXIII, do artigo 5°. da Constituição da República explicita que a "propriedade atenderá a sua função social". Essa é a marca indelével do modelo de Estado Social, que imprime um determinado modelo jurídico e uma nova ideologia, estabelecendo-se a uma distinção clara entre o direito público e o privado, com a subordinação do privado ao público e, por fim, a relevância do papel positivo da norma jurídica na 'Ordem

Econômica' e social. O Estado assume um papel relevante na condução e efetividade da economia, como agente indutor e regulador, para compatibilizar os interesses da iniciativa privada, marca do capitalismo, com o social. Por isso, é atributo da propriedade privada, na nova ordem jurídica, exercer a sua função social, nos termos definidos na lei.

Visando a acrescentar alguma objetividade a essa função social, o legislador constituinte no artigo 186, também da Constituição Federal, diz que a função social é cumprida quando a propriedade atende aos seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis; c) preservação do meio ambiente; d) observância das disposições que regulam as relações de trabalho e, finalmente, que a exploração da propriedade seja favorável ao bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Pelo princípio da liberdade de iniciativa e de empresa, considerado com um dos elementos básicos do liberalismo econômico, a liberdade da indústria e do comércio é uma decorrência natural da livre iniciativa e da liberdade individual. O objeto desse princípio não se faz excludente no que diz respeito à influência estatal, mas, ao contrário, sintetiza uma relação cooperativa entre o público e o privado, orientada para a finalidade social, permitindo sempre a ingerência do setor público no sentido de adequar a atuação do privado aos interesses maiores da coletividade. O princípio da liberdade de iniciativa, que corresponde à livre iniciativa no texto atual, incorpora tanto a liberdade da indústria e do comércio, como a liberdade de contrato.

Deve-se observar que, para os defensores da economia de mercado, a liberdade de iniciativa ou a livre iniciativa é um princípio fundamental da 'Ordem Econômica', como pressuposto primeiro para a realização do desenvolvimento econômico. Alguns autores a denominam 'liberdade de empresa', embora essa apresente características próprias. Não existe dúvida de que esse princípio é fundamento da escola liberal, que rompeu com os entraves criados pelo mercantilismo intervencionista. Dessa forma, a liberdade de

iniciativa econômica significa a liberdade de desenvolvimento empresarial nos limites do interesse social. Fere-se o princípio, quando a atividade econômica é exercida com o objetivo de assegurar, exclusivamente, o lucro e a realização individual, sem contemplar o desenvolvimento econômico e a justiça social.

Como base de sustentação do liberalismo econômico, a livre iniciativa tem como corolário a ampla liberdade do indivíduo para escolher e orientar a sua atividade econômica, com absoluta independência, sem a intervenção de grupos sociais ou do Estado. A garantia constitucional da propriedade privada é condição essencial para o exercício da livre iniciativa. Seus limites se encontram nas forças de oferta e de demanda inerentes ao mercado, cabendo ao Estado assegurar as condições essenciais para a realização da chamada economia de mercado e de livre concorrência.

Nos Estados que adotam o modelo sócio-liberal, como é o caso do Estado brasileiro, embora a Constituição Federal assegure a propriedade privada e a livre iniciativa, estes institutos, próprios da economia de mercado, condicionam o uso da propriedade privada à sua função social e o desenvolvimento da atividade econômica como meio para garantir o bem-estar social, criando mecanismos que promovam a defesa da concorrência de modo que a economia possa funcionar de forma competitiva, de acordo com o artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988).

Para assegurar esse objetivo, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC [122] tem como principal objetivo assegurar os meios necessários para garantir uma economia competitiva e

[122] No Brasil, o Sistema de Defesa da Concorrência possui três órgãos que são responsáveis por assegurá-la: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, a Secretaria do Direito Econômico – SDE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE. A primeira secretaria é vinculados ao Ministério da Justiça e o segunda à estrutura do Ministério da Fazenda. Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei nº 3.937/04, que introduz algumas modificações na Lei Antitruste, reestruturando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, bem como SDE e a SEAE.

concorrencial, por meio de mecanismos que reprimam as práticas contrárias ao livre mercado e as infrações contra a 'Ordem Econômica', orientando suas ações pelos princípios da livre iniciativa e livre concorrência e a repressão do abuso do poder econômico, como forma de assegurar o bom funcionamento do mercado, protegendo o consumidor, em face de sua vulnerabilidade no mercado e conferindo a função social e política da propriedade, o principal objetivo do Sistema de 'Defesa da Concorrência', com fundamento no texto da Lei nº.8.884/94 (BRASIL, 1994).

Não existe dúvida de que o grau de concentração econômica que existe na economia brasileira, atualmente, impede ou dificulta sobremaneira a atuação mais efetiva dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência.

Registre-se que o fato de que o princípio da liberdade de empresa e de iniciativa pode ser mais, ou menos, privilegiado em função do papel da intervenção estatal no domínio econômico. Considerado um princípio geral do direito de valor constitucional e, não somente, legislativo, a igualdade econômica, como princípio da 'Ordem Econômica', é uma inspiração da ideologia liberal, permitindo que o Estado adote uma política pública homogênea para todos os segmentos empresariais.

Esse princípio assegura a igualdade de tratamento que o Estado deverá dispensar às empresas, impedindo a adoção de medidas discriminatórias que favoreçam a uns e não, a outros que estejam na mesma situação. A adoção de uma política pública assentada nos privilégios, a exemplo da guerra fiscal, fere, de certa forma, o princípio da igualdade econômica e da liberdade de empresa.

É inadmissível, na ordem liberal, a implementação de políticas públicas que privilegiam setores, atividades específicas e segmentos empresariais em detrimento de outros. A fundamentação básica desse princípio é a garantia que os administrados possuem de que a administração pública irá assegurar a igualdade de tratamento para o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência. O princípio da

liberdade de empresa, por outro lado, pode ser compreendido como um limitador da intervenção do Estado no setor produtivo quer seja como agente regulador quer como empreendedor.

A livre iniciativa, como princípio da 'Ordem Econômica', é uma verdadeira doutrina econômica que tem como base os fundamentos da propriedade e da iniciativa privada. Na concepção da livre empresa, característica marcante do sistema capitalista, o indivíduo é considerado livre para exercer qualquer atividade econômica e pode dispor de todos os meios de produção, utilizando aqueles que forem mais necessários ao alcance de maior taxa de lucro. A livre concorrência e as forças de mercado, de um lado, e do outro a oferta de produtos e serviços e a demanda são os meios naturais para o controle da liberdade de iniciativa.

O pensamento econômico, que tem como fundamento a liberdade de empresa, encontra-se alicerçado nos princípios do liberalismo econômico que afasta a participação do Estado na atividade econômica, dentro da concepção do *laissez–faire.* Ao Estado, na compreensão da doutrina da livre empresa, caberia garantir apenas a segurança pública e assegurar o direito à propriedade, favorecendo as condições para o livre mercado.

O fim perseguido pelo Estado de concepção liberal é assegurar a liberdade individual a todos. De acordo com o modelo Liberal, o Estado será tanto mais perfeito quanto for garantido a todas as pessoas o direito de liberdade individual. Nesse caso, a função do Estado é atuar de modo que cada pessoa, individualmente, possa desenvolver-se livremente para atingir a sua finalidade, de sorte que cada um possa se desenvolver de acordo com a sua capacidade.

Na medida em que cada um se desenvolve de forma particular, toda a sociedade também se desenvolve. O Estado deve garantir as condições necessárias para que cada um possa buscar o seu bem-estar individual.

O princípio da participação do Estado na economia diz respeito a todas as hipóteses em que o Estado passa a substituir a iniciativa privada, em face do interesse público, quer seja adquirindo o patrimônio do particular, ou quando cria entes estatais. Alguns autores denominam a intervenção do Estado na economia de dirigismo estatal que se caracteriza por uma tendência de o Estado assegurar uma política intervencionista de forma reguladora, com caráter permanente, em uma economia de natureza capitalista, em contraponto à ausência de intervenção do modelo de Estado liberal.

Não se trata de uma forma de estatização da economia, mas retrata uma ação governamental sob a forma de regulamentação da economia, controle da produção, adoção de medidas relativas ao tabelamento de preços, controle do comércio exterior, especialmente a política de incentivos fiscais e de crédito. O dirigismo não se confunde com o estatismo. Nesse caso, a participação do Estado na atividade econômica é caracterizada pela sua atuação como empresário no setor produtivo, quer seja na atividade industrial, quer seja em serviços.

O Estado assume um relevante papel na implantação de projetos de desenvolvimento com a instalação de indústrias de base, como as empresas que atuam no ramo das siderúrgicas, produção de petróleo, geração de energia e distribuição.

Por sua vez, os princípios do planejamento econômico e da democracia econômica são considerados fundamentais tanto na 'Ordem Econômica', como na social.

Vidigal [123] entende que o planejamento econômico é um ramo do Direito Econômico em sentido amplo, destacando como um dos mais importantes desse ramo do Direito, denominando de Direito do Planejamento. O planejamento econômico pode ser entendido como um procedimento técnico que tem como objetivo promover uma

[123] VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico.** 1977, p. 38.

transformação da realidade social para atingir uma mudança qualitativa nas condições de vida da população.

Portanto, para alcançar o desenvolvimento econômico, tem-se que optar pelo planejamento econômico, uma forma intervencionista do Estado na atividade econômica, no âmbito público e privado, para atingir a objetivos previamente determinados. Nas palavras de Grau, o planejamento econômico é

> [...] a forma de ação estatal, caracterizada pela previsão do comportamento econômico e sociais futuros, pela formulação explicita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos, mediante a qual se procura ordenar, sob o ângulo macroeconômico, o processo econômico, para melhor funcionamento da ordem social, em condições de mercado. [124]

Por outro lado, o princípio da democracia econômica é formado por todo o conjunto de regras constitucionais que se apresentam sob uma feição de natureza social, especialmente aquelas que tratam da liberdade de associação sindical, expansão das oportunidades de emprego, harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção responsável, em última análise, pela concretização da finalidade última da 'Ordem Econômica' que é a busca da justiça social, por meio do desenvolvimento econômico.

O fim da 'Ordem Econômica', na Constituição da República (BRASIL, 1988), é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, de acordo com os princípios elencados no artigo 170, os quais caracterizam uma 'Ordem

[124] GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de 1988.**1997, p. 45.

Econômica' capitalista. Para Silva[125], o mencionado comando constitucional não apresenta 'significado substancial', uma vez que os outros princípios que fazem parte dessa 'Ordem Econômica' não asseguram a efetividade do seu fim. Portanto, a interpretação desses princípios da ordem jurídico-econômica deve ter como elemento comum a busca do bem-estar social, assegurado pelo 'direito ao desenvolvimento'.

Todas as disposições estão permeadas pelos seguintes princípios formadores: da Soberania Nacional; da Propriedade Privada e de sua função social; da Livre Concorrência; da Defesa do Consumidor; da Defesa do Meio Ambiente; da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais; da Busca do Pleno Emprego; do Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte, constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País.

O artigo 170 da Constituição Federal de 1988 trata da 'Ordem Econômica' brasileira, ou Constituição Econômica [126] formada por princípios que caracterizam essa economia como de natureza eminentemente capitalista, evidenciando, de certo modo, algumas antinomias na 'Ordem Econômica'. Por exemplo, o comando

[125] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 2003.

[126] Diz o artigo 170 da Constituição Federal de 1988: "A 'Ordem Econômica', fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, observando 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 de 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, assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."

normativo que trata da formação do Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar os Direitos sociais e individuais, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Indica a formação de um Estado de bem-estar social, aliada aos direitos individuais e sociais no modelo próprio da democracia social. A ideia de desenvolvimento aqui apresentada tem o condão de trazer o papel de um Estado conformador da 'Ordem Econômica' que tem como objetivo assegurar melhores níveis de bem-estar social, por intermédio das políticas públicas.

Da mesma forma, a fundada valorização do trabalho e a livre iniciativa são elementos contrapostos no sistema capitalista. De um lado, o princípio da livre iniciativa pressupõe a ampla liberdade de contratação, inclusive da força de trabalho, como fundamento da ordem capitalista. A valorização do trabalho decorre da idéia de que ele é a principal força de um sistema socialista, conduzindo ao entendimento da democracia social, com os fundamentos capitalistas cuja atuação está voltada para o bem-estar social.

Para Borges,

> O problema das antinomias é acentuado em constituições compromissórias e no plano de normas de regulação da economia como a 'Ordem Econômica'". [...] a interpretação adequada das antinomias da 'Ordem Econômica' deve levar em conta o caráter compromissório da Constituição, [...], Constituição compromissória ou pactuada, representa um pacto normativo, com cada parte transigindo em favor de alguns interesses [...] [127]

O artigo 171, revogado pela Emenda Constitucional de nº. 6,

[127] BORGES, Alexandre Walmott. Antinomia da 'Ordem Econômica'. **Revista Jurídica UNIJUS**. v.3, nº 1, p. 40, nov./2000.

de 15/8/1995 fazia uma distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, dispondo que a lei poderia conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país, permitindo, ainda, a adoção de outras condições e requisitos, como o controle das atividades tecnológicas da empresa e imposição de percentuais de participação no capital das empresas, por pessoas físicas domiciliadas e residentes no país ou outras entidades. Não se dúvida de que se trata de medidas altamente protecionistas para as empresas brasileiras de capital nacional, afrontando o princípio da livre concorrência. Resta indagar se tal protecionismo se coaduna com a economia de mercado.

Enquanto declina o nacionalismo e se impõe a transnacionalização da economia, a Constituição Brasileira (1988) adota um direcionamento bastante conservador. Dispõe, ainda, o artigo 172 que a lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros.

O artigo 173 refere-se à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, limitando-a. Já o artigo 174 delineia o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica e esclarece que essas funções se corporificam na fiscalização, no incentivo e no planejamento.

Diz o comando constitucional que toda e qualquer exploração da atividade econômica direta ou indireta, por ente estatal, somente será permitida em dois casos: a) quando for de interesse da coletividade; b) se necessária para a garantia da segurança nacional. Fora desses casos, fica vedada a exploração de atividade econômica pelo Estado. Esse comando corrobora com a tese do ‘Estado Mínimo’ de natureza neoliberal.

Por outro lado, assumindo a condição de agente regulador da economia, deverá o Estado exercer funções de fiscalização e reguladora, para assegurar o livre mercado e a livre concorrência. As

políticas devem buscar o desenvolvimento econômico equilibrado, de forma a compatibilizar os planos locais e nacionais para o desenvolvimento. O planejamento econômico tem o caráter de obrigatoriedade para o setor público e deverá ser indicativo para o setor privado.

Em uma economia de natureza social, todas as ações governamentais são planejadas com o intuito de atender às necessidades da sociedade, com a parceria entre o público e o privado. O desenvolvimento econômico é planejado priorizando programas e políticas públicas para atender ao cidadão no que se refere à Saúde, Educação, Previdência Social, Segurança e geração de empregos. Torna-se relevante lembrar que o Brasil teve seu momento dirigista, na era de Vargas, quando as ações governamentais obedeciam às diretrizes do programa do Estado Social, criado com o objetivo único de desprestigiar o avanço das instituições socialistas no mundo, especialmente depois da vitória da revolução cubana de 1959. O dirigismo constitui uma maneira intervencionista no setor econômico mais proeminente do Estado. Traduz, atualmente, uma imperatividade ou obrigação, conforme Queiroz: [128]

> A intervenção, efetivamente, constitui objeto essencial do direito econômico, tanto pelo Estado como indiretamente dos órgãos administrativos em suas diversas modalidades mediante técnicas também diversificadas.

[128] QUEIROZ, José Wilson Nogueira de**. Direito Econômico**. 1982, p. 83.

CAPÍTULO 5

DIREITO ECONÔMICO

5.1 Liberdade de iniciativa econômica: O liberalismo econômico, o Estado Intervencionista e o 'neoliberalismo'

A liberdade de iniciativa econômica envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e de contrato, como forma de assegurar a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvos casos previstos em lei.

Não existem dúvidas de que a Constituição Federal assegura a livre iniciativa e a garantia da propriedade privada, como postulados da economia de mercado, mas isso, segundo o pensamento de Nunes,[129] não significa que qualquer proprietário pode ingressar no mercado e praticar a iniciativa privada sem qualquer ética e sem responsabilidade social. Existem limites bastante claro quando da exploração do mercado sob a ótica da liberdade de iniciativa econômica.

Nunes afirma que:

[129] NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.**2004, p. 55.

> O mercado de consumo aberto a exploração não pertence ao explorador, ele é da sociedade e em função dela, de seu benefício, é que se permite a sua exploração. Como decorrência disso o explorador tem responsabilidade a saldar no ato exploratório, tal ato não pode ser espoliativo. Se o lucro é uma decorrência lógica e natural da exploração permitida, não pode ser ilimitado; encontrará resistência e terá de ser refreado toda vez que puder causar dano ao mercado e a sociedade. Excetuando os casos de monopólio do Estado (artigo 177 da CF/88), o monopólio, o oligopólio e qualquer outra prática tendentes a dominação do mercado estão proibidos. O lucro é legítimo, mas o risco é exclusivamente do empreendedor, ele escolheu arriscar-se: não pode repassar esse ônus para o consumidor[130]

Como resultado do princípio da livre iniciativa, tem-se que a decisão de alguém ingressar no mercado como empreendedor é absolutamente livre, o lucro ou prejuízo decorrente da exploração da atividade econômica é legitimo e de responsabilidade do explorador, em contrapartida, o risco integral da atividade é daquele que assume a exploração da atividade econômica.

Tem-se, portanto, a harmonização do disposto aqui colocado com o princípio básico do liberalismo econômico, que surgiu como um aspecto da luta dos agentes econômicos, para libertar-se dos vínculos que sobre eles recaíram como herança, seja do feudalismo ou do mercantilismo. Além de garantir o caráter absoluto da propriedade, o Estado assume a regulamentação do mínimo público, princípio esse adotado pelo neoliberalismo, que tem como principal característica a maximização da liberdade individual, cujo corolário é a liberdade de iniciativa econômica.

[130] NUNES. op. cit.p. 55.

Como observa Brum: [131]

> O neoliberalismo pode ser definido como um programa político-ideológico-econômico voltado a viabilizar a superar a crise do capitalismo no contexto de uma nova etapa do processo de globalização. É a etapa atual do liberalismo. Prioriza a questão econômico-financeira, de comércio mundial da soberania dos blocos econômicos.

Para os partidos com fundamento doutrinário neoliberal, que Ramos[132] denomina de 'herdeiros do pensamento liberal clássico', o livre mercado e a livre iniciativa se resumem "no livre jogo das forças produtivas do mercado" devendo assumir o papel de grande propulsor do desenvolvimento econômico.

Adverte Bercovici[133] que, com a reforma administrativa neoliberal, houve a implantação, nos anos 1990 e início dos anos 2000, de uma nova lógica, de um modelo de Estado que privilegia, acima de tudo, o mercado. Esse modelo, além de tornar relativa à atuação do governo e a sua própria autoridade, permite que as grandes decisões políticas e até mesmo as questões jurídicas sejam determinadas pelo mercado. Bercovici[134] diz que a reforma do Estado foi viabilizada para assegurar o afastamento do público em relação à economia, por meio de um amplo programa de

[131] BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento Econômico Brasileiro**. 2005. p.95.

[132] RAMOS, Elival da Silva. O Estado na 'Ordem Econômica'. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. nº 43. ERT, p. 52, abr./jun. /2003.

[133] BERCOVICI, Gilberto. O planejamento e a Constituição de 1988. In **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. *In:* Fernando Facury Scaff (org). 2003 p. 322.

[134] BERCOVICI, Gilberto. op. cit.2003 p. 322.

privatização, liberalização da economia, desregulação, com a substituição do Estado Intervencionista, por um Estado Regulador da atividade econômica.

Aceitar que o livre mercado, numa economia com elevado grau de concentração econômica como a brasileira, proporcionará o desenvolvimento econômico se constitui, como se pode presumir, uma análise precipitada porque não é próprio de uma economia de mercado promover desenvolvimento econômico, diferente do conceito de crescimento econômico.[135]

O Liberalismo constitui-se uma doutrina do pensamento econômico que serviu de fundamento ideológico aos movimentos contrários aos estados absolutistas durante o século XVII, para fomentar as lutas pela independência dos países coloniais, que se viam contrariados em seus interesses econômicos pelo autoritarismo dos regimes absolutistas.

O Estado Liberal assegura as liberdades fundamentais dos cidadãos, inclusive no que diz respeito à Administração Pública. Inexiste qualquer forma de intervenção na Economia ou na propriedade privada. Tem como fundamento os seguintes pressupostos: a) liberdade individual ampla e sem restrições; b) a independência entre os poderes judiciário, legislativo e executivo; c) o exercício da democracia representativa; d) a livre concorrência como pressuposto fundamental da economia de mercado; e) a livre iniciativa como pressuposto para assegurar o progresso da sociedade; f) não intervenção do Estado no domínio econômico, salvo para assegurar a harmonia da livre concorrência e a livre iniciativa, sob a ideologia principiológica do *laissez-faire, laissez-passer*.

Na concepção liberal, o Estado não intervém na economia, assumindo o papel relevante de assegurar a livre concorrência do

[135] Em linhas gerais, o desenvolvimento significa uma mudança qualitativa na economia, enquanto o crescimento econômico representa uma modificação quantitativa.

mercado e a livre iniciativa; a associação desses dois princípios, segundo o entendimento liberal, torna-se pressuposto fundamental para a garantia de harmonização dos interesses individuais e coletivos, quando a busca individual do bem-estar produz a melhoria das condições de todo o conjunto da sociedade.

Assim, o Liberalismo corresponde ao conjunto de ideias e doutrinas que visam a assegurar a mais ampla liberdade individual no campo econômico, político, da moral e da religião, cultural e outros. Por fim, em todos os segmentos da sociedade, do ponto de vista econômico, o Liberalismo corresponde à doutrina que enfatiza a iniciativa individual, a concorrência entre agentes econômicos, a livre iniciativa e a ausência de interferência governamental, como princípios de organização econômica. No campo político, o Liberalismo visa a estabelecer a liberdade política do indivíduo em relação ao Estado e preconiza oportunidades iguais para todos.

A base ideológica do liberalismo encontra-se na expressão *laissez-faire, laissez-passer,* de origem na Escola Fisiocrata francesa, que significa 'deixa fazer, deixa passar'. Traz a ideia do liberalismo econômico que preleciona a liberdade absoluta de produção e de comercialização de bens e serviços, pela não intervenção do Estado no domínio econômico. Trata-se da ideia de Estado Mínimo.

Na lição de Sorman[136] "o Estado Mínimo não é nem o antiestatismo nem a anarquia, mas um Estado justo, exato, que desempenharia sua tarefa de Estado." Não se confunde com a idéia de privatização do Estado, mas de um Estado que assume o poder de garantir as condições da economia do livre mercado e da livre concorrência.

O Estatismo, em contra ponto ao Estado Mínimo, corresponde à participação do Estado em todas as atividades econômicas, atuando como empresário no setor produtivo, tanto na indústria

[136] SORMAN, Guy. **O Estado Mínimo**. 1988, p. 8.

como no serviço. É uma tendência de intervenção direta do Estado no setor produtivo que se contrapõe ao absenteísmo do Estado Liberal.

A intervenção estatal não se resume, à luz dos pressupostos estatistas, a uma ‘estatização’ da atividade produtiva, da indústria e do comércio, como se pode acreditar em uma primeira leitura. A atuação estatal pode ser verificada de outras formas, como por exemplo, regulamento da economia, participação e controle da produção, adoção de medidas de controle e tabelamento de preços, de salários, implementação de políticas voltadas para incentivos fiscais e tributários, dentre tantas outras formas de atuação.

O Estado intervencionista, também reconhecido como “Estado do Dirigismo Econômico”, corresponde ao modelo de intervenção reguladora e permanente do Estado no contexto de uma economia capitalista, valendo-se de políticas públicas que têm como principal objetivo o controle da atividade econômica, não somente na produção, mas na circulação de mercadoria.

Na concepção do Estado intervencionista, a economia sofre a interferência direta do Estado com o controle de preços, a fiscalização e a regulação de toda a atividade econômica, inclusive quanto à localização industrial e comercial e à proteção do meio ambiente. O denominado dirigismo econômico impõe inúmeras restrições à livre atuação da vontade individual, por meio da regulação dos interesses econômicos.

Para Silva,

> O problema do estatismo é que ele nem sempre importa na liberação do homem, não raro é despótico, tecnocrático, burocrático e gerador de uma nova classe dominante... outro problema do estatismo é que não se sabe exatamente para onde irá, se não será um novo sistema de classe,

> se não se transformará pura e simplesmente num capitalismo de Estado [...][137]

O neoliberalismo pode ser definido como uma doutrina econômica e política que tem como objetivo a retomada dos princípios do liberalismo como tentativa de adaptá-lo às condições e o contexto atual do capitalismo moderno. Da mesma forma que a Escola Liberal acredita numa ordem natural da economia para promover os ajustes internos, os neoliberais defendem a tese de que as forças de mercado são capazes de harmonizar os interesses de toda a sociedade. Esse equilíbrio por meio do mercado depende, segundo o preceito neoliberal, de uma política de disciplinamento e regulação da economia de mercado como forma de assegurar os princípios da livre concorrência, da livre iniciativa, próprios do sistema capitalista. No neoliberalismo, o disciplinamento da 'Ordem Econômica' é realizado pelo Estado como forma de restringir os excessos da livre concorrência e a concentração econômica, assegurando as condições para o desenvolvimento do mercado concorrencial.

Alguns defensores do neoliberalismo defendem tratamento diferenciado para a pequena empresa e o combate ao grande monopólio, com a adoção de legislação antitruste. No campo social, advogam a limitação da herança e das grandes fortunas e o estabelecimento de condições de igualdade que possam favorecer a concorrência.

Os fundamentos do neoliberalismo, segundo Williamson e Kuczynski,[138] encontram-se resumidos nos seguintes aspectos, denominado 'Consenso de Washington': a) disciplina fiscal, segundo a qual o Estado deve limitar seus gastos ao total da arrecadação, como forma de eliminar o *déficit* público; b) direcionamento dos

[137] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 2003, p. 77.

[138] WILLIAMSON*;* John; KUCZYNSKI, Pedro**. Depois do Consenso de Washington**. 1990.

gastos estatais para educação, saúde e infra-estrutura; c) reforma tributária com a ampliação da base de arrecadação; d) liberalização financeira, com o afastamento do Estado do Sistema Financeiro e o fim das restrições as instituições financeiras internacionais, com a internacionalização do Sistema Financeiro; e) política cambial livre; f) liberalização do comércio internacional, com a redução das alíquotas de importação e quebra das barreiras dos produtos importados; g)eliminação de barreiras ao investimento direto do capital estrangeiro; h) privatização, com a adoção de política de venda das empresas estatais; i) desregulação da economia, permitindo o desenvolvimento do livre mercado; j) desregulação das relações trabalhistas com a flexibilização do direito do trabalho; l) proteção ao direito de propriedade e da propriedade intelectual.

Embora a proposta do chamado 'Consenso de Washington' tivesse, no princípio, uma conotação de ordem acadêmica, posteriormente passou a ser um conjunto de medidas impostas pelos organismos internacionais para a concessão de crédito aos países necessitados de empréstimos do FMI.

Assim, o neoliberalismo pode ser entendido como uma ideologia que se materializa em um conjunto de políticas econômicas, de natureza liberal, para assegurar a expressão do capitalismo, em que o papel do Estado é assegurar as condições para a expansão da livre iniciativa e da livre concorrência, ou seja, o Estado assume o papel de garantir as condições e pressupostos para a economia de mercado.

CAPÍTULO 6

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASEADOS NOS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS: PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Na verdade, os princípios constitucionais da ‘Ordem Econômica’ estão contidos no artigo 170 da Carta da República e alguns desses princípios se revelam mais como objetivos da ‘Ordem Econômica’, como é o exemplo da redução das desigualdades regionais, sociais e a busca do pleno emprego, para que tenhamos uma sociedade livre, justa e solidária conforme comando do artigo 3°., inciso I da Constituição de 1988.

A Carta da República elenca no artigo 170, os princípios fundamentais da ‘Ordem Econômica’, a qual tem como alicerce a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, como forma de garantir a todos uma existência digna e traz como regra a justiça social, observando os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - a função social da propriedade; IV - a livre concorrência; V - a defesa do consumidor; VI - a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme 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 sede e administração no País.

6.1 Livre concorrência e abuso do poder econômico

A livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa garantida pela atual Constituição, no artigo 173 (BRASIL, 1988). De acordo com a escola keynesiana, que atribui ao Estado um relevante papel na 'Ordem Econômica', especialmente por meio da política fiscal, este deve intervir para coibir os abusos, em favor da economia de livre mercado. Na realidade brasileira, no entanto, reconhece-se uma livre concorrência apregoada pelo neoliberalismo, na qual predominam as formas oligopolistas. Não se pode falar, portanto, em economia descentralizada, tornando-se praticamente ineficaz a legislação tutelar à concorrência.

Nessa perspectiva, dá-se início a um processo de intervenção do Estado no domínio econômico, relativizando aquelas formulações liberais de índole marcadamente individualista, para dar lugar à floração de condições socioeconômicas tutelares no 'momento coletivo', em substituição ao 'atomismo individualista'.

Em nome desse novo ideal, legitima-se a intervenção do Poder-Público do Estado na vida social. A política pública é o instrumento mais evidente dessa intervenção para produzir o melhor resultado para o desenvolvimento econômico.

A evolução do Estado Liberal a Estado Social de Direito se dá, por conseguinte, sob a inspiração humanística de que a fruição dos bens materiais, como pressuposto da liberdade, não pode, e não deve ser conferida a uma só classe social, mas precisa ser uma realidade ao alcance de todos os estamentos sociais, como afirma Bonavides.[139]

Dessa forma, chegou-se a expedientes que a teoria econômica liberal não esperava pudessem se efetivar, pois

[139] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.**1993.

imaginava a renovação permanente dos concorrentes, na medida em que os derrotados fossem imobilizados. Na moderna economia de mercado, tais expedientes ganham a proporção de 'falhas econômicas' e comandam o seu mecanismo. A 'concentração' se cumpre por processos variados com a 'fusão' de empresas, a 'encampação', a 'absorção' e outros, que levam ao crescimento de uma delas, ou ao aparecimento de uma entidade nova, que seja o resultado da soma das anteriores. Fala-se, atualmente, na 'parceria' entre o público e o privado, como forma de mobilizar os investimentos na economia.

Outros caminhos foram igualmente abertos para que se chegasse aos mesmos resultados da 'concentração', embora mantendo um número maior de concorrentes. São as formas de 'acordo' ou 'ajuste', nas quais cada uma das empresas componentes continua existindo com sua autonomia, porém as combinações entre elas levam ao mesmo resultado dos monopólios e das monopsônias, em termos de preços e de controle de mercado.

Não deixaram de se aperfeiçoar, também, as formas de se apresentarem várias empresas sob o comando único como as *holdings que* levam, do mesmo modo, ao domínio do mercado e ao desvirtuamento da concorrência livre e da ruptura com o modelo baseado no livre mercado.

Como tradução das novas conquistas no terreno da concorrência privada, o mundo ultrapassa as fronteiras nacionais. Em lugar de 'empresas nacionais' e 'empresas estrangeiras', em cada país surgem as 'empresas multinacionais' e 'transnacionais', geralmente, componentes de grandes conglomerados que atuam nas economias internas, dominando uma imensa variedade de seus canais, além de apresentarem dimensões capazes de impor o seu poder de modo irretorquível. Sendo 'multinacionais' ou 'transnacionais', conseguem, com maior facilidade, dominar o próprio direito nacional de cada país, desafiando o jurista moderno a encontrar soluções para o controle desse Poder Econômico Privado, que chega a se sobrepor ao próprio Poder Econômico Público nas diferentes nações. A parceria entre o público e o privado aparece

como uma solução para viabilizar o processo de desenvolvimento econômico.

A esse propósito, o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional o projeto de lei que trata do estabelecimento de normas gerais para a licitação e para a construção de parceria público-privada, tanto para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como para viabilizar o uso de recursos públicos e investimentos privados em projetos de relevante interesse público.

No neoliberalismo, entretanto, o Estado passou a traçar e a comandar, de modo mais ou menos intenso, a Política Econômica do país, da qual é co-participante direto, ao lado dos particulares. Em verdade, assume, também, em relação a esses particulares, a função de disciplinar as atividades econômicas, por meio das denominadas 'agências reguladoras' que devem possuir autonomia suficiente para garantir as condições do mercado e da livre iniciativa.

Nesse particular, cabe reproduzir o pensamento de Alexandrino e Paulo[140]:

> A introdução da eficiência, como princípio expresso, no *caput* do artigo 37 da Carta da República, aplicável a toda atividade administrativa de todos os Poderes de todas as esferas da Federação, demonstra bem a concepção de Administração Pública propugnada pelos arautos da corrente política e econômica comumente denominada – em que pesem as críticas a esta expressão – neoliberalismo.

[140] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 2007. p.123.

Registra ainda o mesmo Alexandrino que

> Conquanto perfilhem a assim chamada doutrina do Estado mínimo, os seguidores do neoliberalismo reconhecem que a existência de uma Administração Pública é inevitável nas sociedades contemporâneas. Entendem, entretanto, que os controles a que está sujeita a Administração Pública e os métodos de gestão que utiliza, acarretam morosidade, desperdícios, baixa produtividade, enfim, grande ineficiência, em comparação com a administração privada. Propugnam, dessarte, que a Administração Pública aproxime-se o mais possível da administração das empresas do setor privado.[141]

Partindo desses pressupostos, o modelo neoliberal de administração do Estado repudia as políticas públicas de benefícios sociais. Advoga a favor da diminuição do tamanho do Estado, com a concepção do Estado Mínimo e a sua exclusão da atividade econômica, transferindo o controle das empresas estatais para a iniciativa privada, pregando a desregulação da economia, a exclusão do Estado na função reguladora entre trabalhador e empregador, privilegia a aferição dos resultados, identificando-se com o que se denomina de administração pública gerencial, com ênfase em controles de procedimentos e processos numa concepção de empresa privada adequada ao setor público.

Em uma economia de mercado em que o Estado não é suficientemente forte, este se torna incapaz de controlar a inflação, não conseguindo reduzir as disparidades sociais, nem impor políticas públicas para atingir o desenvolvimento econômico, tornando-se, na realidade, 'refém' do mercado.

[141] ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 2007. P.123.

Assim, a ação política se torna inócua para atingir o desenvolvimento econômico. Tem-se, portanto, o Estado atuando diretamente na vida econômica, em antagonismo com a sua posição absenteista no Liberalismo que, por sinal, jamais foi tão completa como querem afirmar alguns. As políticas públicas são direcionadas para assegurar e garantir os mecanismos próprios do livre mercado e da iniciativa privada.

Um preconceito liberal que marca o neoliberalismo considera a ação do Estado como 'exceção', enquanto a 'regra' continua sendo a não atuação estatal. Quando o Estado passa a agir na vida econômica, ocorre a 'intervenção no domínio econômico', pois ele passa a ser o empresário, atuando no campo dos fatos econômicos em geral, como também na área reservada ao domínio do particular. A ordem jurídica é redesenhada para assegurar os mecanismos do livre mercado e da livre concorrência.

As constituições modernas tiveram incluídas em seus textos normas concernentes à chamada 'Ordem Econômica', com o objetivo de trazer para o ordenamento jurídico maior um capítulo específico sobre a regulamentação da economia e do mercado, cada vez mais competitivo e concentrado. Daí a necessidade de regulação da economia inserida no texto constitucional.

A Constituição Brasileira (BRASIL, 1988) dedica o Título VII, que trata da 'Ordem Econômica' e Financeira, elencando no Capítulo I, os denominados Princípios Gerais da Atividade Econômica. Os artigos 170 a 181 tratam dos princípios gerais da atividade econômica. Os artigos 182 a 183 regulamentam a política urbana, a política agrícola e a fundiária encontram-se reguladas nos artigos 184 a 191 e, finalmente, o sistema financeiro nacional encontra-se no artigo 192, esse último modificado pela Emenda Constitucional n°. 40/2003.

Entretanto, a Constituição Econômica, no caso brasileiro é dispersa em vários dispositivos que não aqueles específicos da 'Ordem Econômica', especialmente nas disposições estabelecidas nos direitos e garantias fundamentais e nos fundamentos da

República Federativa do Brasil.

O artigo 1º. da Carta da República prevê, com fundamento do Estado Democrático de Direito, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, ambos postulados essenciais da denominada 'Ordem Econômica'. Da mesma forma, o artigo 3º., da Constituição afirma como fundamento do Estado brasileiro, o desenvolvimento econômico, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e também regionais.

No artigo 5º, elevados ao patamar dos direitos e garantias fundamentais, encontram-se vários dispositivos relacionados com a 'Ordem Econômica'. O *caput* assegura, na categoria dos direitos fundamentais, o direito a propriedade e no inciso XIII, o livre exercício de qualquer atividade profissional, atendidas as qualificações que forem estabelecidas na lei. A plena liberdade de associação para fins lícitos e a criação de cooperativas independente da interferência estatal, nos incisos XVII e XVIII, também do artigo 5º da CF/1988. Os incisos XXII e XXIII garantem o direito de propriedade, assegurando que a mesma deverá atender a sua função social. E também, no artigo 5º. inciso XXXII, encontra-se resguardado o direito do consumidor, ou a defesa do consumidor, como aparece no texto constitucional, como proteção do Estado.

O trabalho, como um dos direitos sociais, ao lado da educação, da saúde, da moradia, da segurança, encontra-se amparado no artigo 6º. da Constituição Federal. Estando a proteção ao trabalhador relacionada em nada menos do que trinta e quatro incisos do artigo 7º., elevando os direitos do trabalhador, a categoria de direitos sociais, bem como a livre associação profissional e o direito de greve, nos artigos 8º. e 9º., para atender ao comando do artigo 170, o qual prevê a valorização do trabalho humano, como preceito da 'Ordem Econômica'.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal - STF firmou entendimento que o trabalho consubstancia valor social protegido pela ordem constitucional, previsto no artigo 1º., inciso IV, quando, de forma expressa, faz referência ao valor social do trabalho, e no

caput do artigo 170, quando menciona a valorização do trabalho humano, assegurando a pessoa o direito ao recebimento de remuneração pelos serviços prestados. O não pagamento do valor referente ao trabalho exercido implica, na concepção do STF, o enriquecimento ilícito.

A política tributária, no caso brasileiro, tem como um dos princípios gerais, previsto no artigo 145, a observação na capacidade econômica do contribuinte e o desenvolvimento econômico nacional, objetivando prevenir os desequilíbrios da concorrência.

É de competência exclusiva da União, a instituição de contribuição de intervenção no domínio econômico, conhecida como CIDE, de interesse das categorias profissionais ou categorias econômicas, como forma de intervenção em áreas relacionadas aquela área de incidência, observando que a mencionada contribuição não poderá incidir sobre qualquer receita originária da atividade de exportação, podendo, por outro lado, ter incidência sobre a importação de produtos estrangeiros, atingindo a base de faturamento, a receita bruta ou o valor da operação que foi realizada ou ainda o valor aduaneiro no caso da importação.

O texto do artigo 149, em seu parágrafo 2º, inciso II, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), apresenta a possibilidade de instituição da contribuição de intervenção no domínio econômico, que tem natureza tributária, como competência exclusiva da União. Com a Emenda Constitucional nº.33/2001, ficou estabelecida a incidência da contribuição sobre o domínio econômico - CIDE na importação de petróleo e de seus derivados, no gás natural e seus derivados e no álcool combustível.

Da mesma forma, a Emenda Constitucional nº.33/2001, definiu que os valores arrecadados com a CIDE deveriam ser destinados para o subsídio dos valores ou transporte de álcool combustível, gás natural e derivados do petróleo, bem como para o financiamento de projetos ambientais que estejam de certo modo relacionados com a indústria de petróleo, de gás, e, também para o

financiamento de infra-estrutura de transporte.

Em 2000, foi instituída a denominada CIDE/Royalties, também denominada de CIDE-Tecnologia, em licenciamento de *software*, sobre as operações internacionais envolvendo a transferência de programas de computador.

Quando de sua instituição, a CIDE, sobre licenciamento de programas de computador, tinha o objetivo claro de desenvolver novas tecnologias na área de informática, especialmente o desenvolvimento de *software*. Seu objetivo era incentivar a pesquisa interna para a expansão da tecnologia de ponta na área de informática, onerando os contratos de importação de tecnologia.

A incidência do tributo era sentida, nos seguintes casos: remuneração por contratos de licença ou utilização de conhecimento tecnológico; remuneração de contratos relacionados com a transferência de tecnologia; na prestação de serviços técnicos e assistência técnica na área de tecnologia de informática e sobre o pagamento de royalties.

A Lei nº. 11.452/2007, de certo modo, regulamentou a controvérsia que se estabeleceu quanto à incidência, ou não, da CIDE em relação à transferência de tecnologia. De acordo com a mencionada lei, a CIDE não incide sobre a remuneração pela licença de uso, de direitos de comercialização, ou ainda, de distribuição de programas de computador.

A intervenção estatal, no caso da CIDE/Royalties, é um exemplo claro de interferência do Governo em um setor absolutamente estratégico como é a tecnologia da informação e o desenvolvimento de *software*, para criar incentivos ao mecanismo de desenvolvimento dessa tecnologia no mercado interno.

A 'Ordem Econômica', no caso brasileiro, encontra-se com o seu marco regulatório instituído, a partir do artigo 170 e seguintes, no Título VII, Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade

econômica.

A legislação infraconstitucional que trata da matéria encontra-se amparada na Lei n 8.884/94, que disciplina a respeito das infrações contra a ordem econômica e transforma o CADE em Autarquia, o Código de Defesa do Consumidor consubstanciado na Lei nº. 8.078/90, na Lei n 8.176/91, que regulamenta os crimes contra as ordens tributária e econômica, e contra as relações de consumo, e a Lei n 10.149/90, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, além de outros instrumentos normativos relacionados no final do livro.

No artigo 170 encontram-se os princípios gerias da atividade econômica[142], os quais devem ser interpretados de forma a assegurar a harmonização de seus comandos para o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que a hermenêutica interpretativa dos princípios deve buscar atender a combinação ótima de suas diferenças individualizadas visando aos fundamentos do modelo Republicano brasileiro. Assim, será examinada a principiologia constitucional da denominada 'Ordem Econômica'.

A livre iniciativa, a que se faz referência no *caput* do artigo 170 da Constituição (BRASIL, 1988), assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica independente de autorização do Estado, exceto naqueles casos que tenham previsão na lei.

[142] A Constituição Federal apresenta no art. 170, os princípios fundamentais da 'Ordem Econômica', a qual tem como alicerce a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, como forma de garantir a todos uma existência digna e traz como regra a justiça social, observando os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - a função social da propriedade; IV - a livre concorrência; V - a defesa do consumidor; VI - a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme 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 sede e administração no País.

Existem, no enunciado da ‘Ordem Econômica’ brasileira, três categorias de princípios. Os princípios valores, como a soberania econômica nacional, a propriedade privada dos meios de produção, a livre concorrência. Existem princípios intenções, quais sejam: redução das desigualdades regionais, busca do pleno emprego e a função social da propriedade e princípios de execução política: a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) assegura a livre concorrência e a livre iniciativa, estabelecendo como garantia fundamental a propriedade privada dos meios de produção, bem como reconhece que a propriedade deve atender a sua função social. A livre concorrência é uma garantia para assegurar as condições intrínsecas do livre mercado, devendo ser assegurada a defesa do consumidor nesse contexto. A própria Lei nº. 8.884/94, apresenta diversos dispositivos que tratam da defesa do consumidor, a exemplo do artigo 1º., do artigo 27, inciso V, do artigo 29 e 30, artigo 54, parágrafo 1º., II, e parágrafo 2º., artigo 55 e artigo 83. Todos os dispositivos mencionados tratam, de certo modo, de proteção expressa ao consumidor.

É indiscutível que a ‘Ordem Econômica’ estatuída pela Carta Republicana de 1988, estabelece como preceito essencial do modelo econômico brasileiro à relevância do papel dado a livre iniciativa, como corolário do sistema capitalista. Esse pressuposto, de outro modo, não assegura a absoluta ausência do papel do Estado na economia ou, de outro modo, que a intervenção estatal somente se daria em caráter excepcional. De forma alguma essa prevalência da livre iniciativa exclui a necessária intervenção do Estado, para assegurar a harmonia entre todos os fundamentos da ‘Ordem Econômica’.

Não se pode perder de vista que a Constituição define verdadeiros programas e diretrizes do governo para atender aos interesses da sociedade, com fundamentos para o exercício da cidadania, da dignidade da pessoa humana e para garantir o valor social do trabalho. Logo, a livre iniciativa e a livre concorrência encontram nos preceitos mencionados anteriormente os limites de

sua atuação e de sua atividade.

É relevante que seja destacado, também, que a liberdade de iniciativa, expressa na Constituição (BRASIL, 1988), apresenta sentido amplo, não se restringindo a sua aplicabilidade, exclusivamente, às pessoas jurídicas, mas também ao próprio Estado e às pessoas naturais. Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal, em voto do Min. Eros Grau, no julgamento da ADIn 1.950 publicado no DJ 2/6/2006:

> A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição ao contemplá-la, cogita também da iniciativa do Estado, não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

Como princípio geral da 'Ordem Econômica', a livre iniciativa, ao lado do princípio da propriedade privada, aponta claramente para um sistema econômico capitalista. A livre iniciativa também se encontra permeando o preceito constitucional de que qualquer trabalho, ofício ou profissão é de livre exercício, desde que estejam atendidas as qualificações profissionais que estejam estabelecidas em lei próprias. A liberdade de empresa é parte do preceito da liberdade de associação, permitindo a livre forma de organização societária.

O Superior Tribunal de Justiça, tratando da livre iniciativa e da livre concorrência, decidiu que é lícito ao Estado estipular preços em setores estratégicos da economia, sem ferir os princípios mencionados, por meio da regulamentação da atividade econômica, no MS nº. 2.887-1 do DF, cujo relator foi o Ministro César Asfor Rocha, que assim decidiu:

> STJ: A Constituição Federal, no seu artigo 170, preceitua que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos existências digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios que indica. No seu artigo 174 pontifica que, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Desses dispositivos resulta claro que o Estado pode atuar como agente regulador das atividades econômicas em geral, sobretudo nas de que cuidam as empresas que atuam em um setor absolutamente estratégico, daí lhe ser lícito estipular os preços que devem ser por elas praticados.

6.2 Soberania Estatal: Fundamento da Economia

O fundamento de todo Estado encontra-se na Soberania. Essa, por sua vez, caracteriza-se por uma situação na qual o Estado não se submete a outros. Tem o poder de elaborar a sua Constituição de forma independente, não estando submetido aos interesses de nenhum outro Estado.

A expressão maior da soberania se encontra na posse do poder constituinte, que corresponde a sua faculdade de autodeterminação. Pelo princípio da Soberania Estatal, entende-se que o grau máximo de poder político é o poder de decisão que, em última instância, é o poder supremo do Estado. Nesse sentido, poder supremo não quer dizer poder absoluto e ilimitado, mas, apenas, o mais alto poder dentro do Estado.

A soberania representa um princípio fundamental de cada Estado e encontra-se vinculada ao conceito de autodeterminação. Desse modo, a soberania de um Estado independente significa a

sua capacidade de auto-organização sob o ponto de vista político, econômico, social e cultural, podendo impor ao seu ordenamento jurídico, no âmbito interno, as normas que entender aplicáveis e estabelecer princípios de relações internacionais.

Na lição de Faria, sob os fundamentos da teoria jurídica moderna, os conceitos de nação, Estado e soberania são relacionados ou conectados de forma estrita aos processos econômicos, sociais e políticos, que se implicam e se complementam. Nas palavras de Faria:

> Vinculada à consolidação desses Estados, a soberania, em seu significado moderno, diz respeito a um poder de mando incontrastável numa determinada sociedade política, um poder independente, supremo, inalienável e, acima de tudo, exclusivo. Um poder sem igual ou concorrente, no âmbito de um território, capaz de estabelecer normas e comportamentos para todos seus habitantes.[143]

A soberania é um poder submetido ao direito e se apresenta com dois aspectos: um interno e outro externo. Quanto ao aspecto interno, a soberania significa o poder que tem o Estado de elaborar leis e emitir ordens para todos os indivíduos e grupos que habitam o seu território. É o poder mais alto que existe no Estado. A soberania externa diz respeito às relações internacionais. Significa que não existem subordinação nem dependência de um Estado a outro Estado, mas sim, igualdade. Cada Estado dotado de soberania pode se determinar sem sofrer limitações por qualquer outro interesse, como o poder de autodeterminação.

Na Antiguidade, o termo soberania não teve necessidade de

[143] FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** 2002, p. 16-17.

ser discutido, porque o Estado era, então, forte e não havia outro poder que quisesse superá-lo ou mesmo igualá-lo. O Estado se apresentava, incontestavelmente, como a unidade dominante da organização política. Já na Idade Média, ocorreu exatamente o contrário, pois o poder político se pulverizou em várias instituições e faltou um poder central que coordenasse os demais poderes. A Igreja, o Sacro Império Romano, os feudos, as municipalidades, as corporações de ofício, todos se constituíam poderes independentes e estavam no mesmo nível do Estado.

No final da Idade Média, o Estado representado pelo rei decidiu travar luta contra todas essas organizações que disputavam a hegemonia do poder. Vitorioso, o rei se proclamou único soberano, possuidor de poder supremo sobre todas as demais organizações existentes em seus domínios. Concebia-se, então, a soberania como a autoridade do rei. Este, não o Estado, era o soberano; o rei era o detentor único, o verdadeiro titular da soberania e do poder supremo.

Atualmente, já está eliminada a ideia de soberania estatal absoluta como poder do governante; prevalece o conceito de soberania relativa como poder do povo. Assim diz o parágrafo único, do artigo 1°. da nossa Constituição Federal de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Para Bonavides:

> A Soberania é apenas a qualidade do poder, que a organização estatal poderá ostentar ou deixar de ostentar. Do ponto de vista interno, a soberania é da essência do ordenamento estatal uma superioridade e supremacia a qual, resumindo, já a noção da soberania faz que o poder do Estado se sobreponha incontrastavelmente aos demais poderes sociais, que lhe ficam subordinados. A soberania assim entendida fixa a noção de

> predomínio que o ordenamento exerce num certo território e numa determinada população.[144]

Costuma-se confundir soberania com autonomia, mas esses conceitos são absolutamente distintos. “A autonomia é o, poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro de limites por lei estatal superior.”[145] O conceito de Soberania encontra-se associado aos Estados. Diferentemente, o conceito de autonomia refere-se aos Municípios e aos Estados-membros que compõem a Federação. Enquanto a autonomia é característica do poder de auto-legislação, o conceito de Autarquia é parte da faculdade de auto-administração.

Dallari[146] aponta a concepção política e jurídica de soberania. Politicamente, ela é concebida como poder incontrastável de querer coercitivamente e de fixar competências. Juridicamente, é o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas, ou seja, sobre a eficácia do direito. Jurídica e politicamente, nenhuma ordem externa pode ditar comandos sobre a ordem interna. Não se podem confundir interferências de natureza política e econômica que, muitas vezes, podem modificar a ordem jurídica com injunções de feitio jurídico e econômico.

É verdade que o Brasil depende economicamente do capital estrangeiro e que o capital internacional, de natureza transnacional, impõe regras econômicas que o Governo brasileiro é obrigado a cumprir, comprometendo, de certo modo, a soberania nacional. Essas regras são: implantação de uma política neoliberal, com o desmonte do Estado, por meio da venda de estatais, influência na

---

[144] BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 1988, p. 130.

[145] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 1994, p.19.

[146] DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 1985, p. 84.

elaboração de planos econômicos, em que prevalece o interesse do capital externo, em detrimento dos investimentos em programas sociais, diminuição da massa de salário, desemprego, recessão. A política pública é especialmente direcionada para atender aos interesses do grande capital, especialmente financeiro. Entretanto, como bem definiu Dallari,[147] as interferências de natureza política e econômica não significam que o Brasil perdeu a sua soberania no campo das relações internacionais.

Não se pode perder de vista que as transformações econômicas e tecnológicas que vêm ocorrendo no mundo, com a globalização da economia, têm uma ampla repercussão no perfil do Estado contemporâneo, especialmente no que se refere à soberania do Estado, consequentemente afetando a auto-organização e sua organização interna e suas relações internacionais. Sobre o tema, cabe reproduzir o que diz Morais:

> Constrói-se um quadro onde essa soberania compulsoriamente partilhada, sob pena de acabar ficando à margem da economia globalizada, tem obrigado o Estado-Nação a rever sua política legislativa, a reformular a estrutura de seu direito positivo, a redimensionar a jurisdição de suas instituições judiciais mediante amplas e ambiciosas estratégias de desregulação, deslegalização, desconstitucionalização, implementadas paralelamente a promoção da ruptura dos monopólios públicos. [148]

O Estado Brasileiro, segundo o artigo 1°. da Constituição

[147] DALLARI, Dalmo de Abreu. op. cit., p 85.

[148] MORAIS, José Luis Bolzan de. Constitucionalização ou barbárie: perspectivas constitucionais. In SARLE, Ingo (Org.). ***A*** **Constituição Concretizada.** Construindo pontes com o público e o privado., 2003. p. 15

Federal de 1988, tem como fundamento a Soberania, sendo que esta significa poder político supremo e independente; supremo, porque não está limitado por nenhum outro na ordem interna e independente, porque, na ordem internacional, não se tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e estejam em igualdade com os poderes supremos dos outros povos.

A soberania é um atributo do próprio Estado. Ele deve, por ela, zelar em todos os seus campos: político, militar e inclusive econômico. É inaceitável que um país com excessiva dependência econômica do estrangeiro possa ter enfraquecido a sua soberania política. No direito anterior, a soberania não era posta como princípio da 'Ordem Econômica'. Sua menção, na atual Carta Magna, revela a preocupação do constituinte originário com o fato de que, mesmo no plano da economia, o país não está sujeito a ditames estrangeiros.

Entretanto, é necessário reconhecer-se que, atualmente, não existe a soberania absoluta. Todos os Estados são interdependentes, em maior ou menor escala, dependem uns dos outros para levar a cabo a atividade econômica. É nessa colaboração internacional que se tem firmado uma das alavancas do processo de desenvolvimento econômico no mundo moderno.

A soberania política, prevista no inciso I, artigo 1°. da Constituição Federal de 1988, dificilmente se firma sem sua complementação com a soberania do ponto de vista econômico. As políticas econômicas adotadas devem conduzir o Estado a consolidar a sua posição de soberania interdependente perante todos os demais Estados. A soberania nacional, aqui focalizada, decorre da autonomia conseguida pelas pessoas que integram a nação. Trata-se de um dos principais fundamentos da República, consagrado tanto no inciso I, do artigo 170, como no artigo 1°. da Carta Republicana.

Consiste a soberania em um poder político de natureza suprema e de independência, não estando limitado por qualquer outro dispositivo de ordem interna ou externa. Tem-se a soberania como a capacidade de edição de suas próprias normas e de sua

autodeterminação. Na concepção de Grau,[149] a soberania nacional econômica tem o significado de modernização da economia e da sociedade e deverá conduzir a uma ruptura em relação à dependência externa, para a realização do fim de assegurar a todos uma existência digna.

Na mesma linha de argumento, Silva, [150] mesmo reconhecendo a economia brasileira como uma economia periférica, acredita que a Constituição do Brasil (BRASIL, 1988) deve romper com a sua dependência em relação às economias capitalistas desenvolvidas.

Torna-se relevante destacar que a soberania tem o significado de poder político e supremo de um Estado que se afirma com a sua independência em relação a outros Estados, pela autoridade plena e absoluta do governo próprio dentro do território nacional, representa a independência da personalidade jurídica do Estado politicamente organizado, não estando limitado por nenhuma ordem interna ou externa. Pode ser definido também como a autoridade política e superior de um Estado em suas relações internacionais, com autoridade plena e governo próprio, caracterizando, a soberania, pela mais absoluta independência de um determinado Estado.

Pode-se afirmar que a Soberania é um atributo essencial ao Estado, como condição para a independência política em suas relações internacionais, passando pela capacidade de plena autodeterminação e assegurando a não intervenção.

O significado da soberania nacional que consta dos fundamentos da República Federativa do Brasil diz respeito basicamente a independência nacional que o Governo deve adotar

[149] GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de 1988.** 2000, p. 261.

[150] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 1995, p. 82.

quando de suas relações internacionais. Por outro lado, quando o Constituinte originário incluiu o princípio da soberania no capítulo que trata da 'Ordem Econômica' quis, na realidade, incorporar a independência prevista no artigo 1º., da Carta da República de 1988. É basicamente uma repetição do princípio da soberania nacional previsto no artigo 1º, inciso I e do artigo 4º., ambos da Constituição Federal, com ênfase nas relações econômicas internacionais.

A soberania econômica pode ser definida como um avançado nível de independência e de desenvolvimento econômico que é alcançado por uma nação que controla e decide de forma autônoma sobre os rumos de sua economia independentemente de suas relações internacionais. Entretanto, a interdependência que existe na economia mundial, diante do processo de globalização, existem inúmeros fatores que podem determinar a diminuição da soberania econômica, principalmente, por imposição de suas relações internacionais e a formalização dos acordos, além de outros fatores que podem contribuir para afetar o nível desta soberania econômica, como exemplo o grau de endividamento da economia em relação ao mercado externo, a dependência de tecnologia e de capital externo, a presença de empresas e grandes corporações internacionais também podem influenciar no nível de independência econômica de um pais e suas relações com outras economias.

Para Fonseca[151] o princípio da soberania nacional no âmbito da 'Ordem Econômica' não se constituiu numa mera repetição do princípio da soberania que é parte integrante do inciso I, do artigo 1º. Da Constituição Federal. Para o autor os dois significados são complementares. Enquanto um tem uma coloração política, o outro tem um conteúdo econômico. Por conseguinte, o autor enfatiza que a soberania política não tem sustentação quando não existe a soberania econômica. Nessa linha de raciocínio, o autor citado afirma que o princípio da soberania integra os princípios do direito ao desenvolvimento, ao lado dos princípios da igualdade e da solidariedade.

[151] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2004. p. 127

Na Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, da Conferência das Nações Unidade sobre o Comércio e o Desenvolvimento, na Resolução 45, de 18 de maio de 1972, encontram-se de forma explicita o conceito da Soberania no contexto da 'Ordem Econômica'.

Diz o artigo 1º da mencionada Resolução, quando trata dos princípios fundamentais das relações econômicas internacional, reafirmando que as relações internacionais econômicas e políticas entre os Estados deve obedecer, dentre outros, ao princípio da soberania nacional e da independência política, a igualdade soberana de todos os Estados, e, que todo Estado tem o direito soberano e inalienável de escolher o seu sistema econômico, político, social e cultural, obedecida a vontade de seu povo, sem a ingerência, coação ou ameaça de qualquer espécie.

A soberania econômica é pressuposto essencial da independência política de cada Estado, em suas relações internacionais, tendo o poder e o dever de exercer de forma soberana, livre e plena, à disposição sobre a sua riqueza, seus recursos naturais e sobre toda a atividade econômica, inclusive, exercendo a autoridade que lhe é própria sobre os investimentos estrangeiros dentro de seu território, não podendo ser obrigado, de qualquer modo, a oferecer tratamento preferencial ao investimento estrangeiro.

Assim sendo, de acordo com o princípio da soberania econômica, todos os Estados são iguais juridicamente e tem o dever de cooperar com os demais para promover o desenvolvimento econômico, de levar a cabo, políticas econômicas que assegurem a igualdade soberana de todos os Estados.

A Soberania é o princípio maior que fundamenta os demais princípios que norteiam a 'Ordem Econômica' brasileira nas disposições constitucionais definidas nos dispositivos dos artigos 170 a 192 da Constituição Federal, nos quais se encontram as bases constitucionais do sistema econômico, organizado em quatro capítulos assim apresentados: um sobre os princípios da atividade

econômica, outro sobre a política urbana, traçando parâmetros para uma adequada política urbana, sobre a política agrícola e uma justiça agrária, e, finalmente, o último sobre o sistema financeiro nacional. Entretanto, a ideologia da nova ordem internacional vem se sobrepondo, nas relações entre os Estados, acima do sentido de soberania.

A garantia ao direito da propriedade privada.

A propriedade pode ser entendida como o direito exclusivo que uma pessoa tem sobre um determinado bem, podendo usá-lo, alienã-lo ou transformá-lo, o que a distingue da posse, e o que torna a sua existência um fundamento para a organização social. Assim a propriedade, entendida como instituto do direito civil, representa as faculdades de usar, gozar e dispor de seus bens, em sua plenitude, condicionada a sua função social.

O Direito de Propriedade não se confunde com o conceito de propriedade. O direito de propriedade encontra-se relacionado com a relação que o proprietário tem com outras pessoas em relação a coisa. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar, dispor de seus bens e reavê-los do poder de quem os possua de forma injusta. O seu regime jurídico encontra-se previsto na Constituição Federal, garantindo-se o direito a propriedade desde que esta atenda a sua função social. A doutrina apresenta o direito de propriedade como parte integrante do direito civil, no que diz respeito as relações civis que se referem a propriedade, subordinando-se aos institutos de direito público, diante de sua função social.

O significado de proteção a propriedade é amplo. A garantia constitucional ao direito de propriedade compreende a propriedade dos meios de produção, incluídas neste sentido o capital, tecnologia, recursos naturais e a denominada propriedade intelectual, bem como o direito de herança.

A ‘Ordem Econômica’ brasileira estabelecida na Constituição Federal de 1988 tem como fundamento o sistema capitalista, estando assegurada a propriedade privada desde que obedeça a sua função social, traz a livre concorrência e o livre exercício da atividade econômica como regras da economia de mercado, acatando o princípio da liberdade de iniciativa pelo qual cada agente econômico assume o risco de exploração de sua atividade econômica.

O inciso XXII, do artigo 5º. da Constituição Federal assegura o direito de propriedade no rol dos direitos e garantias fundamentais, relacionada com a sua função social. Assim o regime jurídico da propriedade que tem seu fundamento na ordem constitucional, desde que atendida a sua função social. Desse modo fica assegurado o direito de propriedade nos termos do artigo 5º., inciso XII, desde que esteja a propriedade atendendo a sua função social, como estabelece o inciso XIII, também do mencionado artigo 5º. da Constituição Federal. Conclui-se da leitura dos dois dispositivos constitucionais que o direito de propriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, é assegurado, por conseguinte, a propriedade tem que exercer uma função social.

Em consequência a se por um lado a propriedade encontra-se fundamentada na ordem constitucional, como corolário do princípio da livre iniciativa, por outro a ordem jurídica constitucional assegura o direito de propriedade desde que ela atenda a sua função social, como tem previsão nos mencionados dispositivos previstos no inciso XXII, que assegura a garantia ao direito de propriedade e o inciso XXIII, ambos do artigo 5º, da Carta da República, asseverando-se que a propriedade, será reconhecida enquanto direito, quando atender a sua função social. O exame dos dispositivos mencionados remete a interpretação de que somente a propriedade que atende a sua função social encontra-se protegida pela Constituição.

A proteção dada à propriedade nos termos previstos pela Constituição retira de certo modo a sua característica de um direito individual exclusivamente, como um instituto exclusivo do direito privado, devendo obedecer a sua função social como um princípio

fundamental da ‘Ordem Econômica’.

Em resumo a propriedade privada apresenta-se sob dois enfoques, o primeiro como direito civil subjetivo e o segundo como direito público subjetivo, em todos os casos existe a concepção de que a propriedade tem uma função social. Respeita-se, na ordem constitucional econômica, o princípio da propriedade privada, obedecendo ao preceito de sua função social.

A Constituição Federal assegura o direito de propriedade como regra geral, desde que essa cumpra a sua função social. O texto constitucional faz referência expressa a duas categorias de propriedades: a propriedade urbana e a rural.

Para a Constituição a propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, conforme se lê no artigo 182, parágrafo 2º. da Carta Republicana. Fica facultado ao Município exigir do proprietário do imóvel urbano subutilizado ou não utilizado, ou ainda não edificado, que proceda com a sua adequação ao plano diretor do Município. Não o fazendo a Constituição prevê as seguintes possibilidades para o Município: parcelamento do solo ou a edificação compulsória; a incidência do Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana - IPTU de forma progressiva no tempo e ainda, sucessivamente, a desapropriação com o pagamento mediante títulos da dívida pública.

Do mesmo modo a propriedade rural cumpre a sua função social nos termos previstos no artigo 186 da Constituição Federal quando atende, simultaneamente, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado; preservação do meio ambiente; utilização adequada dos recursos naturais; observância das normas que regulam as relações de trabalho e a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

O inciso XXII, do artigo 5º. da Constituição garante o direito de propriedade. No caso de iminente perigo público, a autoridade

competente poderá usar a propriedade particular, assegurado o direito de indenização ao proprietário, é o que prevê o inciso XXV, também do artigo 5º. da Constituição Federal. A consagração como princípio da 'Ordem Econômica' do direito de propriedade reforça a natureza capitalista do sistema econômico desenhado pela Carta da República de 1988.

Uma das características mais marcantes do sistema capitalista é a propriedade privada dos meios de produção. O capitalismo é um sistema econômico e de organização social que predomina na esmagadora maioria dos países industrializados ou em fase de industrialização. A economia capitalista tem como fundamento a separação entre os trabalhadores, detentores da força de trabalho, juridicamente livres, que dispondo da força de trabalho vendem no mercado e recebem salários e, de outro lado, os capitalista, que são proprietários dos meios de produção que compram no mercado o trabalho para produzir mercadorias, bens que são produzidos para atender as necessidades do mercado, tendo como objetivo a acumulação e o lucro.

Na visão marxista o que define o capitalismo é a exploração dos trabalhadores pelos capitalistas, cujos salários pagos correspondiam apenas a uma parcela mínima da sobrevivência do trabalhador.

Para Proudohon, em sua obra *O que é a propriedade?* Define que "a propriedade é um roubo". Condenava toda forma de acumulação. Esta tem o significado de usurpação do capitalista do pequeno proprietário que usa a sua propriedade para a subsistência. A propriedade privada dos meios de produção, capital, trabalho e mão – de – obra, e conhecimento, forma o que mais tarde Marx denominou do Exército Industrial de Reserva, base da acumulação do sistema capitalista.

Ensina Moncada[152] que o direito de propriedade privada

[152] MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. 2003. p. 128.

compreende algumas faculdades que podem ser resumidas nos aspectos a seguir relacionados: acesso a propriedade, a liberdade de uso e fruição, a capacidade de livre transmissão e a não privação da propriedade, assegurando, o ordenamento jurídico, o respeito a cada uma dessas faculdades. Para o autor a tutela jurídica de cada uma dessas faculdades apresenta natureza diferente.

Por certo a Constituição Federal assegura o direito de propriedade. Por outro ponto de vista garante ao Estado a intervenção na propriedade privada com o objetivo de proteger o interesse público. Evidente que a intervenção do Estado na esfera do particular deve limitar-se aos preceitos estabelecidos na ordem constitucional, tendo sempre em vista o interesse coletivo. Se por um lado a ordem jurídica constitucional assegura o direito à propriedade privada, no inciso XXII, do artigo 5º. Da Constituição Federal, por outro lado essa propriedade deve apresentar um fim social, também com previsão no mencionado artigo 5º., inciso XXIII e no artigo 170, que disciplina a 'Ordem Econômica'. Portanto, o direito à propriedade assegurado por força constitucional não é absoluto, uma vez que a propriedade deve atender a sua função social.

São os seguintes os meios de intervenção do Estado na propriedade privada: a) servidão administrativa; b) requisição; c) ocupação temporária; d) limitação administrativa; e) tombamento; f) desapropriação. Além das formas mencionadas, o Estatuto da Cidade, objeto da Lei n 10.257/2001, especifica outras formas de intervenção do Município na propriedade privada, a exemplo do parcelamento do solo, edificação ou utilização compulsória, incidência do IPTU progressivo, esse com natureza sancionatória, a desapropriação mediante o pagamento em títulos da dívida.

Em linhas gerais a servidão administrativa consiste tão somente na possibilidade de o Poder Público poder usar da propriedade imóvel como forma de permitir a execução de obra com interesse público, mediante o pagamento em dinheiro dos prejuízos e pelos danos sofridos pelo imóvel, ao seu proprietário.

A requisição administrativa consiste em uma forma de intervenção na qual existe uma situação que se caracteriza por perigo público iminente, podendo o Estado utilizar-se dos bens dos particulares, de forma coativa, com o objetivo de atender a necessidades urgentes e transitórias da coletividade.

A ocupação temporária é outra forma de intervenção do Estado na propriedade privada, para a ocupação temporária, gratuita ou onerosa, de bens imóveis pertencente a particulares, os quais são utilizados como instrumento ou local de apoio para a execução de obras públicas.

O tombamento é outra modalidade de intervenção da propriedade privada para a proteção do patrimônio histórico e cultural, com o objetivo de resgatar a memória nacional. Por fim, a última forma de intervenção na propriedade é a desapropriação. Nesse caso, a Administração Pública transfere de forma compulsória para sua propriedade, imóvel de terceiros, por motivo de utilidade ou necessidade pública e de interesse social, mediante o pagamento de indenização previa e justa em dinheiro.

As normas e os procedimentos relacionados com o processo de desapropriação encontram-se no Decreto-Lei n 3.365/41, que se constitui na norma mais importante sobre o tema, complementado por ampla legislação subsequente, cuja competência é exclusiva da União para legislar sobre a matéria, por expressa determinação do artigo 22, inciso II da Constituição Federal.

Sobre o tema é relevante reproduzir as considerações de Meirelles sobre a intervenção do Poder Público na propriedade privada para impor limites e atender aos interesses coletivos, reprimindo condutas do particular contrarias ao bem-estar da coletividade. Diz o autor citado:

> Nessa intervenção estatal o Poder Público chega a retirar a propriedade privada para dar-lhe uma

> destinação pública ou de interesse social, através da desapropriação; ou para acudir a uma situação de iminente perigo público mediante requisição; em outros casos, contenta-se em ordenar socialmente o seu uso por meio da servidão ou da limitação administrativa; ou em utilizar transitoriamente o bem particular, numa ocupação temporária.[153]

A função social da propriedade.

A Constituição Federal prevê no inciso XXIII, do artigo 5º., que a propriedade atenderá a sua função social. Da mesma forma o inciso III, do artigo 170 traz como fundamento da 'Ordem Econômica' a função social da propriedade. No artigo 186, também da CF/88, tem-se os critérios objetivos para o cumprimento da função social da propriedade rural e no artigo 182, no parágrafo 2º., encontram-se os critérios definidores da função social da propriedade urbana.

Em nome do interesse da coletividade, a propriedade atende a sua função social, quando tem uma destinação econômica e útil. Seu objetivo é o de atender aos interesses de toda a sociedade e contribuir para promover o bem-estar de todos, otimizando os recursos disponíveis para o desenvolvimento socioeconômico.

Exemplo da interpretação jurisprudencial da função social da propriedade pode ser extraído de decisão do Ministro Carlos Veloso, do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 178.836, quando entendeu o Supremo naquela decisão que o direito de edificar não é absoluto e sim relativo, uma vez que fica condicionada a sua aplicação a função social da propriedade.

Diz o texto constitucional que a propriedade privada cumpre com sua função social quando simultaneamente atende aos

[153] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2005, p. 571.

seguintes critérios: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, preservação do meio ambiente, utilização adequada dos recursos naturais, observância dos dispositivos que regulamentam as relações de trabalho e finalmente a exploração da propriedade que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. A propriedade urbana cumpre a sua função social quando atende as exigências expressas no plano diretor da cidade.

Para assegurar a eficácia do princípio da função social da propriedade urbana o artigo 182, parágrafo 4º. Inciso II, da Constituição Federal admite a progressividade do Imposto Predial Territorial Urbano – IPTU. Matéria que foi reiteradas vezes examinada pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a efetividade da progressividade do IPTU para assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.

STF – A única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do artigo 182, parágrafo 4º., inciso II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana. (RE 192.737 – Rel. Ministro Moreira Alves e AGl 456.513 Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

Assim o direito de propriedade considerando o texto Constitucional constante do artigo 5º., inciso XXII, dentro da concepção das modernas relações jurídicas, econômicas, políticas e sociais, apresenta limitações significativas ao uso da propriedade que deverá obedecer a sua função social, para atender o bem-estar da sociedade, como tem previsão no mesmo artigo 5º., inciso XXIII.

O debate sobre a função social da propriedade envolve o estudo da teoria econômica, do conhecimento jurídico e político dentro do contexto social, de forma inter-relacionada.

Ensina Silva que:

> A norma que contém o princípio da função social da propriedade incide imediatamente, é de aplicabilidade imediata, como o são todos os princípios constitucionais [...].

Ainda sobre o princípio da função social da propriedade, continua Silva:

> O princípio vai além do ensinamento da igreja segundo o qual sobre toda propriedade particular pesa uma hipoteca social. Ele transforma a propriedade capitalista sem socializá-la. Condicionando-a como um todo, não apenas seu exercício, [...] constitui o fundamento do regime jurídico da propriedade.[154]

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede do RMS 13252/PR, cuja relatoria foi do Ministro Francisco Peçanha Martins, entendeu que a competência da União, dos Estados e dos Municípios é concorrente para legislar sobre o estabelecimento das limitações urbanísticas no que diz respeito às restrições do uso da propriedade em benefício do interesse coletivo, para atender a sua função social. Diz o Ministro, em seu voto, que o uso do solo urbano submete-se ao princípio da função social da propriedade, em razão do bem-estar geral da sociedade.

O princípio constitucional da função social da propriedade, com previsão no inciso III, do artigo 170 da Constituição Federal, aparece como um dos mais relevantes contrapontos ao princípio da propriedade privada no contexto da 'Ordem Econômica' capitalista.

[154] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 2003. p. 281-282.

Se por um lado tem-se assegurado o direito de propriedade, exige-se que essa propriedade atenda a sua função social.

Nesse sentido, Petter explica a forte imbricação entre a propriedade e a sua função social no texto da 'Ordem Econômica', para o autor:

> A propriedade privada, com todas as implicações que a expressão significa ou pode significar, não se legitima mais, nos dias de hoje, apenas pelos frutos que dela extrai se senhor, mas, igualmente, pela função social que desempenha no contexto da sociedade. Ou seja, registre-se, de plano, que a propriedade privada não mais existe de modo absolutizado como previam os estatutos jurídicos pretéritos.[155]

Assim, torna-se relevante destacar que a mesma 'Ordem Econômica', que privilegia e dá o *status* à propriedade privada, como valor fundamental da economia, impõe a essa mesma propriedade a sua função social, na medida em que a reveste com interesse de toda a sociedade, a função social da propriedade, o que representa um ônus para o proprietário, que se vê obrigado em dar uma destinação socialmente justa para a sua propriedade, atendendo ao interesse de toda a coletividade.

No caso especificamente da propriedade rural, a função social da propriedade é cumprida quando aquele imóvel atende de forma simultânea aos seguintes requisitos estabelecidos no artigo 186 da Constituição Federal: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais; c) preservação do meio ambiente; d) obediência as normas que regulamentam as relações

[155] PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da 'Ordem Econômica'.** 2005, p. 208.

trabalhistas; e) forma de exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores, lembrando que a desapropriação para fins de reforma agrária é de competência exclusiva da União.

Não atendida a função social, a Constituição Federal assegura em caráter excepcional a intervenção do Estado na propriedade privada na forma de expropriação – sanção, obviamente respeitando o devido processo legal, para fins de Reforma Agrária. Nesse caso a indenização das benfeitorias úteis e necessárias deve ser em dinheiro, a isenção de impostos federais, estaduais e municipais para as operações de transferência de imóveis objetos de desapropriação para fins de reforma agrária e a indenização deve ser justa, previa e em títulos da dívida agrária, desde que seja preservado o valor real, resgatável em até 20 anos.

Sobre o tema é relevante trazer o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Recurso em Mandado de Segurança nº 13.959/RS cuja relatoria foi do eminente Ministro João Otávio de Noronha. Segundo o voto do Ministro qualquer ente da Federação tem competência para efetuar a desapropriação do imóvel rural 'para fins de interesse social', com o objetivo de implantar colônias ou cooperativas de povoamento para trabalhador agrícola, mediante o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, conforme tem previsão no inciso XXIV, do artigo 5º. Da Constituição Federal. Entretanto, esse instituto não se confunde com a reforma agrária, porquanto somente a União tem competência para desapropriar com o fim de promover a reforma agrária. Assim, na desapropriação para fins de reforma agrária o pagamento é feito mediante emissão de Títulos da Dívida Agrária, de forma diferente, na desapropriação para fins de interesse social o pagamento da indenização é realizado em dinheiro.

Entende o STJ que se o objetivo do Estado-membro é o de promover a distribuição da propriedade, tem-se a reforma agrária, que é de competência exclusiva da União, não sendo competência do Estado-membro. Se, por outro lado, o objetivo, entretanto, é promover a adequação da utilização da terra ao bem-estar social, portanto, se a desapropriação tem como fim o interesse social pura e

simplesmente, tanto os Estados-membros como os municípios possuem legitimidade para promovê-la.

> Conclui o Ministro João Otávio de Noronha, em seu voto: [...] que se mostra possível a qualquer um dos entes federados editar decreto expropriatório de imóvel rural para fins de interesse social, com o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, nos termos do artigo 50, inciso XXIV da CF/88 c/c o artigo 2º. Da Lei n 4.132/62.

Por outro lado, a propriedade urbana atinge a sua função social quando se encontra utilizada de acordo com as normas que regulamentam o seu uso e a sua finalidade de acordo com o plano diretor do Município em que se localiza, contribuído para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, como forma de garantir o bem-estar da coletividade, conforme dispõe o artigo 182 da Constituição Federal de 1988, permitindo ao Poder Público municipal, exigir de seu proprietário que adote as providencias necessárias para seu aproveitamento, sob pena inclusive de ter o seu imóvel gravado com o IPTU progressivo no tempo.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento no sentido de que é possível ao Município instituir o IPTU progressivo para assegurar a função social da propriedade urbana.

> RE 345416 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO
>
> AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
>
> Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Ementa

RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. IPTU. Progressividade. Lei municipal anterior à EC 29/00**.** Inconstitucionalidade. Súmula 668. Agravo regimental não provido. 'É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana'.

RE 204666 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Ementa

IPTU. Progressividade. Inconstitucionalidade. Esta Corte, ao finalizar o julgamento do RE 153.771, firmou o entendimento de que a progressividade do IPTU, que é imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte, só é admissível, em face da Constituição, para o fim extra-fiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade (que vem definido no artigo 182, § 2º, da Carta Magna), obedecidos os requisitos previstos no § 4º desse artigo 182.

A inclusão do princípio da função social da propriedade na 'Ordem Econômica' brasileira representa o reconhecimento de que a propriedade tem um papel extremamente relevante para minimizar os graves problemas sociais que afligem a sociedade como um todo, uma vez que a propriedade é causa e efeito da exclusão social. Além de ser fundamento da 'Ordem Econômica', a função social da propriedade, também, é parte integrante dos direitos e garantias

fundamentais, o que a coloca em relevância sobre o ordenamento jurídico, ao lado dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro de ser consolidada uma sociedade justa, solidária e livre, como o fito de erradicar a pobreza e a marginalização.

Evidente, portanto, a função social da propriedade como forma de assegurar os objetivos do Estado brasileiro em sua "cláusula transformadora", desenhada no artigo 3º. da Constituição Federal de 1988. O próprio texto constitucional impõe ao Poder Público o dever de intervenção estatal na esfera da propriedade privada, com o objetivo de realizar a desapropriação para fins de reforma agrária, como instrumento de realizar a sua função social, com a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis.

Redução das desigualdades regionais.

Constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previsto no inciso III, do artigo 3º. da Constituição Federal, a redução das desigualdades regionais, objetivando erradicar a pobreza e a marginalização.

A redução das desigualdades regionais e sociais, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas de discriminação, constituem-se em objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Para assegurar este objetivo foi criado o Fundo de Combate a Pobreza, através da Lei Complementar n 111/2001, posteriormente foi instituído o Programa Permanente de Combate a Seca, através da Lei 10.638/2003 e o Programa Nacional de Acesso à Alimentação criado pela Lei 10.689/2003. O Fundo Constitucional para o Desenvolvimento do Nordeste – FNE e o Fundo Constitucional para o Desenvolvimento da Amazônia – FNA, são exemplos de iniciativa

com previsão constitucional para promover o desenvolvimento regional.

A nova redação que foi dada ao artigo 192 da Constituição Federal prevê que o Sistema Financeiro Nacional, deverá ser estruturado de maneira que possa promover o desenvolvimento equilibrado do país e para servir aos interesses da coletividade.

É competência comum da União, Estados e Municípios, de acordo com inciso X, artigo23 da Constituição Federal, combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização para promover a integração social, em perfeita harmonia com o objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º., inciso III, da Constituição.

A competência é a capacidade jurídica atribuída a uma entidade, ou unidade da federação, para determinadas atribuições ou para realizar suas funções. No caso da competência exclusiva sua característica é a indelegabilidade (indelegável) enquanto a competência privativa é delegável.

Indiscutível que a questão das desigualdades regionais e especialmente as sociais são de responsabilidade dos entes federativos: União, Estados e Distrito Federal e Municípios. Principalmente diante da constatação de que mais de 75% da população brasileira concentra-se nos centros urbanos, os quais não oferecem condições mínimas de sobrevivência, gerando em consequência, todos os problemas sociais já conhecidos, especialmente a violência urbana.

A redução das desigualdades regionais e sociais é princípio fundamental da 'Ordem Econômica' e constitui-se em objetivo fundamental da República Brasileira, como tem previsão expressa no inciso III, do artigo 3º. *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais"*. Denominada de cláusula transformadora, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais constituem-se em princípios-ações que

devem permear as políticas públicas, enquanto fundamentos objetivos da República Federativa do Brasil.

Nos últimos dez anos foram implementados vários programas assistencialistas de natureza social como forma de reduzir o flagelo social que aflige a sociedade brasileira, especialmente programas voltados para o combate à fome e à miséria, associados a projetos assistenciais na área de saúde e educação, passando a ter destaque nas políticas públicas adotadas pelo Governo Federal, os programas Bolsa Escola que se somou ao 'Bolsa Família', assegurando elementos básicos para a sobrevivência da população mais pobre, como alimentação e vestuários, criando uma situação de absoluta dependência do Bolsa Família, não solucionando problemas relacionados a saúde, educação, saneamento básico e principalmente a ausência da geração de emprego.

De acordo com o preceito do artigo 23, inciso X da Constituição Federal, é competência concorrente da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios combaterem as causas que favorecem a pobreza e os fatores que contribuem para a marginalização, promovendo a integração dos setores desfavoráveis.

Desse modo, o papel dos municípios no cumprimento de suas obrigações para a erradicação da pobreza é fundamental. Assim, a administração pública municipal tem compromisso com o processo de desenvolvimento da economia em sua totalidade para contribuir com a erradicação da pobreza e da marginalização, para formação de uma sociedade justa e solidária e para garantir a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Defesa do consumidor [156].

A defesa do consumidor tem previsão no artigo 5º. do inciso XXXII e no artigo 170, inciso V, como princípio fundamental da 'Ordem Econômica'. A Lei n 8.078/90 tem caráter eminentemente protecionista e de interesse social, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor no mercado concorrencial, apresentando como principal fundamento o equilíbrio e a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo.

Assim, prevê a Constituição Federal no capítulo que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, no Título II que estabelece os direitos e garantias fundamentais:

> Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> .....
>
> XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Desse modo a proteção do consumidor inserida como princípio na 'Ordem Econômica' representa um sistema autônomo e independente para a proteção das relações de consumo, tanto do ponto de vista individual quanto o consumo coletivo de massa, no contexto de uma relação de produção na qual prevalece a homogeneização dos produtos e dos serviços, com a produção e comercialização de bens numa economia de massa, cuja

[156] Sobre o tema recomendo a leitura de FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 2005.

característica marcante é a produção em série, a formação de contratos de adesão e a massificação das relações comerciais.

Para Filomeno a complexidade do tema relacionado à defesa do consumidor merece destaque especial. Diz o autor:

> Daí por que se observa, de imediato, o quão complexa é a matéria que se nos apresenta, eis que envolve, em última análise, a própria política de produção, circulação, consumo, síntese, aliás, constante do Título VII da Constituição da República que versa sobre a 'Ordem Econômica' e financeira. E ainda mais particularmente no capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, com especial destaque para o artigo 170, que ao enunciar que 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, expressamente elenca, dentre os princípios a serem observados para a consecução dos fins ali expressos, a defesa do consumidor. [157]

A Lei n° 8.078/90 estabeleceu o Código de Defesa do Consumidor, trazendo a defesa do consumidor como norma de ordem pública e de interesse social. Significa que não pode ser afastada por interesse individual das partes. Os direitos básicos do consumidor encontram-se elencados no artigo 6º. do CDC, assim como a definição de consumidor e fornecedor nos artigos 2º. e 3º. do CDC. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor apenas quando presente uma relação de consumo.

A Lei Consumerista tem seu fundamento na Constituição

[157] FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 2005, p. 24.

Federal no inciso XXXII do artigo 5º. que impõe ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor, bem como aparece como princípio fundamental da 'Ordem Econômica'. Por sua natureza o CDC é inderrogável por vontade das partes. Por sua natureza econômica, tem o Código de Defesa do Consumidor aplicação imediata para a proteção do interesse social.

Importante destacar que o Código de Defesa do Consumidor, instituído pela Lei nº 8.078/90, nasceu a partir do comando constitucional acima mencionado e trata-se de uma lei de natureza essencialmente principiológica. Desse modo, a interpretação e a aplicação das normas consumeristas devem ser observadas tendo como referencial os princípios que fundamentam as relações de consumo.

Por se tratar de uma norma de ordem pública e de interesse social e, especialmente, por sua natureza principiológica, o CDC tem o objetivo de harmonizar os interesses das partes quando da relação de consumo e especialmente compatibilizar a defesa e a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento da economia, sob os princípios que norteiam as relações de consumo e o equilíbrio na convivência recíproca entre consumidores e fornecedores.

São princípios básicos que regem as relações de consumo os seguintes: a) dignidade da pessoa humana; b) proteção à vida, saúde, segurança; c) transparência e o dever de informar; d) harmonia e o equilíbrio nas relações de consumo; e) reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor; f) liberdade de escolha e a proteção contra a publicidade enganosa; g) a boa-fé dos partícipes na relação de consumo e por fim o acesso à justiça para assegurar os seus direitos.

A Lei nº 8.884/94, em diversos dispositivos faz referência expressa a defesa dos consumidores. No artigo 1º. Diz a lei da defesa da concorrência que a mencionada lei é orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade e a defesa do

consumidor. No artigo 27, inciso V, a Lei antitruste prevê critérios diferenciados quanto a dosimetria da pena nos casos de infrações contra a 'Ordem Econômica', em que a conduta do agente econômico possa causar lesão ou perigo de lesão aos consumidores; O artigo 29 da lei traz a previsão de que os consumidores poderão ingressar em juízo para obter a cessação de práticas anti-competitivas, evidenciando a estreita relação entre a defesa do consumidor e a defesa da concorrência. Finalmente o artigo 30 da Lei nº 8.884/94 abre a possibilidade de procedimentos administrativos provocados pelo consumidor contra práticas contrárias a livre concorrência.

Ademais, como ensina Martinez sobre a relação entre a defesa do consumidor e a defesa da concorrência, encontram-se os dois princípios em harmonia no texto constitucional no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Defesa da Concorrência. Para Martinez referida:

> A construção de uma política econômica que objetive harmonizar as relações de consumo encontra-se intimamente relacionadas à construção de uma política de defesa da concorrência. No campo constitucional, a defesa do consumidor, disposta no artigo 170, inciso V, encontra-se ao lado da defesa da livre concorrência, previsto no inciso IV do mesmo artigo, ambos princípios da 'Ordem Econômica'. Essa pluralidade de interesses é repetida na legislação infra-constitucional, tanto no CDC quanto na lei brasileira de defesa da concorrência.[158]

[158] MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor**. nº 52. Monografia vencedora do Concurso de Monografias, promovido pela Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-SP. São Paulo. 2003.

Defesa do Meio Ambiente.

Relevante destacar que a proteção do meio ambiente tem como objetivo a preservação da natureza como um todo, para garantir e resguardar os elementos necessários para a sobrevivência do homem, com o equilíbrio ecológico, evitando a ação predatória do homem sobre o meio ambiente. Em nome do crescimento econômico não se justifica que sejam devastas áreas florestais, que o solo seja exaurido e que o ar e as águas sejam poluídos. Daí a diferença entre o conceito de desenvolvimento econômico sustentável e crescimento econômico.

O meio ambiente é entendido como o conjunto de todas as condições que cercam e influenciam os seres vivos e suas relações entre si, incluindo os fatores físicos e biológicos que atuam sobre os indivíduos, sendo dever do Estado promover a defesa do meio ambiente.

Assim, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) dedicou um capítulo específico para a ordem social e a proteção do meio ambiente, como forma de assegurar as futuras gerações condições satisfatórias de alimentação, saúde e bem-estar social. Por isso toma relevância nos últimos anos o Direito Ambiental que tem como objeto de estudo os princípios e as regras que regulamentam a preservação ambiental e impedem a destruição ou a degradação do meio ambiente.

Afirma Machado que:

> A Constituição de 1988 pela primeira vez no Brasil insere o tema meio ambiente em sua concepção unitária [...] A Constituição brasileira garante o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a sadia qualidade de vida. Além disso, conceitua o meio ambiente como bem

de uso comum do povo.[159]

De acordo com o artigo 225 da Constituição da República, diga-se de passagem, foi a primeira vez que a questão da defesa do meio ambiente é elevada ao patamar constitucional, o meio ambiente passa a ser considerado como um bem de uso comum do povo e absolutamente essencial para a qualidade de vida, devendo o Poder Público, em todos os níveis e esfera da Administração, bem como a sociedade como um todo o dever de preservar e defender o meio ambiente, para atender aos interesses das gerações presentes e especialmente das gerações futuras.

Prevê o artigo 225 da Constituição Federal:

> Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
>
> I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
>
> II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

[159] Machado, Paulo Affonso e Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros. 2005**.** p. 81.

III – definir, em todas as Unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei,

> dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.
>
> § 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.
>
> § 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Cabe lembrar que, no âmbito da legislação ordinária, a norma fundamental de proteção ao meio ambiente é a Lei 6.938, de 31-8-81 (BRASIL, 1981), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o Sistema Nacional de Preservação e Controle – SISNAMA, seguida posteriormente com Lei nº 9.605, de 12-2-1998 que trata dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.985, de 18-7-2000, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza - SNUC, regulamentada pelo Dec. nº 4.340, de 22-8-2002, bem como a Lei nº 9.795, de 27-4-1999, dispõe sobre a educação ambiental e a instituição da Política Nacional de Educação Ambiental.

O Sistema Nacional de Preservação e Controle – SISNAMA é formado por órgãos da União, dos Estados e dos Municípios. O Conselho Nacional do Meio Ambiente é órgão consultivo e deliberativo em relação às diretrizes do governo para questões relacionadas ao meio ambiente, cabendo ao Ministério do Meio Ambiente, o planejamento e a supervisão da Política Nacional do Meio Ambiente, enquanto o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA é a entidade executora e fiscalizadora em relação às políticas de proteção ambiental.

O meio ambiente pode ser definido como o conjunto de todos os elementos da natureza, a terra, água, ar, flora e fauna ou outros essenciais a vida dos seres vivos e o bem-estar do homem nas suas

relações na sociedade.

Assegura o artigo 225 da CF/88 que todos tem o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o Poder Público e a coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente tanto para as gerações atuais e futuras.

A Lei n° 9.605/98 trata da proteção ao meio ambiente e a Lei n° 10.165/2001 dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Para assegurar de forma efetiva o direito ao meio ambiente equilibrado compete ao Poder Público promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização publica para a preservação do meio ambiente.

Na política de proteção ao meio ambiente deve-se considerar o *impacto ambiental* de cada experiência, para avaliar a degradação que o fato causa à Natureza ou quaisquer de seus elementos isoladamente. No caso de condutas lesivas ao meio ambiente, os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, ficam sujeitos as sanções penais e administrativas, além da obrigação de reparar o dano causado ao patrimônio ambiental.

Além da incriminação quando o agente causa poluição de qualquer natureza em níveis que possam resultar em danos para a saúde humana ou que possam provocar a mortandade de animais ou a destruição da flora. São princípios gerais do direito ambiental: a) do acesso aos recursos naturais; b) do usuário pagador e do poluidor pagador; c) da precaução ou da prevenção da degradação do meio ambiente; d) princípio da prevenção ou da ação preventiva; e) reparação do dano causado ao meio ambiente e a vítima; f) princípio da informação e da participação.

Busca do pleno emprego.

Diz-se que existe a situação caracterizada como pleno

emprego quando a procura de trabalho é igual ou inferior à oferta de oportunidade de emprego. Assim, todas as pessoas que buscam oportunidades de trabalho encontram postos de emprego para a sua colocação no mercado de trabalho, inclusive quando são contratadas no mercado informal.

A busca do pleno emprego corresponde à adoção de políticas públicas que tenham em seu conteúdo a preocupação com a geração de emprego e renda. Para a sustentabilidade do modelo econômico, torna-se essencial uma política voltada para a geração de oportunidades de emprego. Um problema surge quando da adoção de políticas voltadas para a geração de postos de emprego: a absoluta ausência de qualificação da mão–de–obra disponível. Esse é um problema que precisa ser enfrentando com a implementação de políticas complementares de natureza social, direcionadas para a formação e qualificação do trabalhador.

São inúmeros os exemplos de investimentos, especialmente aqueles direcionados para o setor de prestação de serviços; o turismo é emblemático nesse sentido, quando a ausência de políticas públicas voltadas para o treinamento e para a qualificação da mão-de-obra torna o investimento temerário quanto ao pleno emprego.

Essa situação tem o significado de que todas as pessoas que desejam vender a sua força de trabalho pelo salário de mercado terão oportunidade de trabalho. Pode ser entendido como o máximo de utilização dos recursos produtivos, materiais, tecnológicos e humanos de uma economia. Entretanto, torna-se impossível atingir um nível de eliminação total do desemprego, considerando a existência do desemprego sazonal em algumas atividades da economia.

Numa economia de mercado, dada a dinâmica da própria estrutura econômica, torna-se muito difícil a eliminação total do desemprego, uma vez que algumas atividades, como a agricultura e a pesca, que não conseguem ocupação contínua do trabalho, geram o denominado desemprego sazonal. Verifica-se, também, o

chamado desemprego *friccional*, tempo em que as pessoas saem do emprego e conseguem outra colocação no mercado de trabalho. Assim, diz-se, tecnicamente, que há pleno emprego da força de trabalho quando não mais que 4% do contingente da população economicamente ativa encontra-se desempregada.

CAPÍTULO 7

DA INTERVENÇÃO NA PROPRIEDADE PRIVADA E A ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO. MODOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E POLÍTICAS PÚBLICAS

A Carta da República de 1988 (BRASIL, 1988) tem como pressuposto a restrição quanto à possibilidade de intervenção ou de interferência do Estado na economia, substituindo o termo intervenção por atuação no domínio econômico, assegurando para a iniciativa privada a prioridade ou a preferência para a exploração da atividade econômica, deixando ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Assim, de acordo com a Constituição Federal (BRASIL, 1988), a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional, ou pelo relevante interesse coletivo, devendo reprimir o abuso do poder econômico que tenha como objetivo a dominação do mercado, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros, sendo admitida a ação supletiva do Estado na atividade econômica, não mais com o caráter interventivo.

Prevê o artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> Artigo 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional

> ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Existem várias formas de caracterizar a atuação do Estado na atividade econômica. Diz-se que há intervenção no domínio econômico para explicar a atuação do Estado na economia. Assim existe a participação e a intervenção, sendo a última no sentido estrito. A participação, de acordo com os artigos 173 e 177 da Constituição, tem a característica do Estado administrador da atividade econômica. A segunda forma de intervenção o Estado assume o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, compreendendo o papel de fiscalização e planejamento, sugerindo que o Estado pode promover, planejar e regular a atividade econômica.

De acordo com o artigo 173 (BRASIL, 1988), a exploração da atividade econômica, diretamente pelo Estado, somente será permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou pelos relevantes interesses coletivos, o que caracteriza a exceção quanto ao papel do Estado e sua intervenção no domínio econômico.

Sobre o tema Meirelles diz que:

> Só é admissível a atuação supletiva do Estado na atividade econômica, não mais a interventiva, que se vinha praticando com tanta freqüência e ilegalidade antes da edição da atual carta.[160]

O planejamento econômico consiste numa atividade do

[160] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2005, p. 616.

Estado com o objetivo de promover a transformação da realidade econômica e social.

A Carta da República (BRASIL, 1988) restringiu, de forma acentuada, a intervenção estatal no domínio econômico, a rigor deixando de tratar de intervenção, substituindo por atuação, ficando ressalvado no texto constitucional que a exploração, por parte do Estado, da atividade econômica somente será permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou for de relevante interesse coletivo, conforme tem previsão no artigo 173 da Constituição Republicana.

No mencionado dispositivo, também se encontra a suposição de que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que tenha como objetivo a dominação do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento arbitrário de lucros.

Assim, pode-se inferir que o legislador constituinte atribuiu ao Estado somente uma função secundária no mercado, atribuindo-lhe o papel de fiscalizar, incentivar e planejar a economia, garantindo à iniciativa privada a primazia para desenvolver a atividade econômica, estabelecendo que o planejamento é meramente indicativo para a atividade privada e obrigatória para o setor público.

As modalidades de atuação do Estado no domínio econômico assumem formas diversas, podendo atuar diretamente ou indiretamente no domínio econômico. Na atuação direta, pode fazê-lo por intermédio das empresas públicas e das sociedades de economia mista, conforme preconiza a Constituição Federal. Pela atuação direta, o Estado assume o papel de ‘empresário’ no contexto do setor produtivo, que na forma de sociedade de economia mista ou sob a forma de empresa pública.

Dois exemplos podem ilustrar a atuação do Estado no domínio econômico, sob a forma de sociedade de economia mista e empresa pública. O Banco do Nordeste do Brasil S/A e a Caixa Econômica Federal – CEF, ambos atuam no mercado financeiro em

regime de concorrência com os bancos privados, exceto no que diz respeito ao relevante papel social que as duas empresas estatais exercem. O primeiro, na política de financiamento do desenvolvimento regional o segundo, como empresa voltada para o financiamento de programas sociais do governo, em especial os programas habitacionais.

A Caixa Econômica Federal é uma empresa pública federal, de caráter especial, em função das suas especificidades operacionais, com personalidade jurídica de direito privado, vinculada ao Ministério da Fazenda e tem como finalidade precípua, atuar no financiamento de programas habitacionais desenvolvidos pelo Governo Federal, vedada a sua atuação na especulação imobiliária.

As principais formas de atuação do Estado na economia são: atuação por meio do monopólio, a repressão ao abuso do poder econômico, o controle do abastecimento, o tabelamento de preços e a criação de empresas estatais.

O monopólio corresponde a uma estrutura de organização do mercado onde existe apenas um produtor ou fornecedor de produto ou serviços para atender a demanda de vários consumidores. O monopólio estatal corresponde a uma atribuição que é conferida ao Estado para que possa, exclusivamente, desenvolver certas atividades econômicas, tendo como referencial o interesse público. A regra é a não atuação do Estado na economia, deixando espaço para a atuação do setor privado.

Na definição de Meirelles o monopólio corresponde

> À exclusividade de domínio, exploração ou utilização de determinado bem, serviço ou atividade. Característica do monopólio é a privaticidade de algum direito ou alguma atividade

para alguém [161]

Entretanto, o artigo 177 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) relaciona os casos que se constituem em monopólios da União. De acordo com aquele dispositivo constitucional, são monopólios da União: a) a pesquisa e a lavra (terreno de mineração) das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; b) a refinação do petróleo nacional e do petróleo estrangeiro; c) a importação e a exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades relacionadas nos itens anteriores; d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados de petróleo produzidos no País, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.

Quando a reserva de determinado setor da atividade do domínio econômico é definida para exploração única, por parte do Estado, constata-se um Monopólio Estatal, que tem a exclusividade no mercado como único produtor ou vendedor de bens e serviços sob o regime de monopólio.

Atente-se para um fato relevante. A União poderá, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 177 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), contratar com empresas estatais ou empresas privadas para a realização das atividades mencionadas acima embora essas atividades se constituam em monopólios da União.

No que diz respeito à pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, como monopólio estatal da União, não se aplica o dispositivo do parágrafo 1º. do mencionado artigo 177. Desse modo, no caso de envolvimento com a industrialização e o comércio de minerais nucleares, a União não pode contratar com a iniciativa privada.

[161] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 2005, p. 617.

A repressão ao abuso do poder econômico encontra-se devidamente regulamentada na Lei Antitruste, que relaciona os casos de abuso do poder econômico e as formas de dominação do mercado, como será examinado em capítulo posterior. O parágrafo 4º. do artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) preceitua a necessidade de repressão ao abuso do poder econômico e a eliminação de práticas que possam levar a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência. Esse assunto será examinado no capítulo que trata da Lei antitruste.

O controle de abastecimento do mercado consumidor se faz quando o Estado, diga-se de passagem, a União, intervém no domínio econômico com a aquisição de estoques reguladores para atender ao mercado consumidor e assegurar os preços dos produtos através de oferta do estoque regulador. Assim, o Estado compra do mercado uma quantidade de produtos e estoca para em momento posterior colocar o estoque a disposição do mercado evitando o aumento exagerado do preço de produtos essenciais. Assim, o controle do abastecimento é um instrumento que se destina a atender a demanda do mercado consumidor, estando regulamentado pela Lei Delegada nº 4/62, a qual foi recepcionada pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), de acordo com entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal – STF[162].

O mesmo entendimento seguido pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro, recepcionou a legislação que reprime o abuso do poder econômico, inclusive a Lei Delegada n. 4/62, conferindo ao Poder Público Federal a competência para intervir no domínio econômico para

[162] FISCALIZAÇÃO - LEI DELEGADA Nº 4/62 - RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A Lei Delegada nº 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - § 4º do artigo 173 -, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado - artigo 174, ambos da Carta Política em vigor.Votação: Unânime.

assegurar a livre distribuição de mercadorias e de serviços que sejam necessários ao consumo e ao uso popular.

O tabelamento de preços é também uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico, para evitar a especulação com alguns produtos e serviços essenciais, podendo o Estado, em caráter excepcional, tabelar preços ou definir margens de lucro sobre produtos e serviços como forma de efetuar o controle sobre aqueles produtos e serviços essenciais ao mercado consumidor, por meio de uma política de controle de preços. A propósito, o STJ já firmou entendimento de que não se constitui um abuso do poder econômico a venda de mercadoria com utilização de cartão de crédito, em preços superiores àqueles praticados à vista. Sob o ponto de vista da política econômica, é discutível a eficácia do tabelamento de preços.

Por outro lado, a intervenção direta do Estado no domínio econômico tem fundamento legal no Decreto-Lei nº 200/67. De acordo com o artigo 4º. do mencionado Decreto-Lei, a Administração Pública divide-se em direta, correspondente aos órgãos que fazem parte do núcleo central da Administração Pública, a exemplo dos Ministérios e Secretarias vinculadas diretamente ao Poder Executivo e a administração indireta, que é composta pelas autarquias, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Para o estudo mais aprofundado sobre o tema, recomenda-se a leitura do referido Decreto-Lei nº.200/67, no qual se encontram definições legais para os entes da Administração Pública. Torna-se relevante mencionar que, no referido Decreto-Lei, consta expressamente que a Administração Pública deverá ser submetida ao planejamento, com vistas ao desenvolvimento econômico e social do país.

Outra forma de atuação direta do Estado, na atividade econômica, se verifica quando o próprio Estado assume a administração de uma empresa privada para atender a um interesse social relevante, bem como valendo-se da instituição de empresas estatais, como as sociedades de economia mista e as empresas pública, quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou quando de relevante interesse coletivo, conforme o que dispõe o

artigo 173, da Constituição Federal. A rigor, as estatais são formas de atuação do Estado no domínio econômico, para a consecução de seus objetivos, quer seja para a prestação de serviços públicos, quer seja na execução de atividades econômicas.

As empresas estatais, também denominadas de empresas governamentais, são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta; a sua criação é autorizada por lei específica, cuja formação patrimonial é exclusivamente pública, como no caso das empresas públicas ou privadas e públicas, no caso das sociedades de economia mista, cuja finalidade maior é a prestação de serviços públicos ou para execução de atividade econômica de natureza privada. São, além das empresas públicas, as sociedades de economia mista e outras empresas que, não tendo as características de sociedade de economia mista ou de empresas públicas, encontram-se submetidas ao controle do Poder Público. Outro exemplo comum é o caso da atuação do Banco Central do Brasil junto às instituições que atuam no mercado financeiro, para assegurar a solidez do sistema econômico como um todo.

Vidigal[163] faz referência à distinção entre o que denomina de participação do Estado no domínio econômico e a ação do Estado no domínio econômico, compreendendo o último a direção de toda a atividade econômica global e a intervenção sobre o setor privado da economia. Para o autor citado, a participação do Estado no domínio econômico corresponde aos serviços públicos de natureza econômica desenvolvidas pelo Estado, bem como aquelas atividades monopolizadas e a atuação no mercado concorrencial por entidade estatal.

No que se denomina de intervenção direta ou a participação do Estado na atividade econômica, é relevante destacar os serviços públicos que tem natureza econômica os quais são atribuições do Estado consoante prevê o artigo 23, artigo 25, artigo 30, inciso V e

[163] VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico.** 1977, p. 93.

finalmente o artigo 175 todos da Constituição Federal.

Assim, a Constituição Federal permite que o Poder Público possa desenvolver, diretamente ou sob a forma de concessão, autorização ou permissão, observando sempre o processo licitatório, o desenvolvimento das seguintes atividades econômicas: transporte coletivo (artigo 30, inciso V), serviços de gás canalizados (artigo 25, § 2º.) e os serviços de radiodifusão, de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de águas; navegação aérea, infra-estrutura aeroportuária, serviços de transportes ferroviários e aquaviários, serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, dentre outros (BRASIL, 1988, artigo 21).

Evidente, tais serviços públicos, de natureza econômica, são, em sua grande maioria, delegados aos particulares mediante contratos administrativos de concessão ou atos de permissão ou autorização, observando que a execução e o desenvolvimento desses serviços obedecem ao regime de direito público, admitindo a intervenção estatal no caso de descumprimento por parte do particular que tem a concessão, autorização ou permissão.

A intervenção indireta do Estado no domínio econômico se faz, especialmente, pelos incentivos e estímulos que são levados ao setor privado, por meio da adoção de políticas econômicas especificas para os fins previamente determinados pelo Estado. A política de incentivos fiscais para setores determinados da economia é exemplo típico da intervenção indireta.

O objetivo da política econômica é o de promover a economia ou direcionar a atividade econômica para os fins colimados pelo Estado. Assim, a política econômica é o instrumento de atuação do Estado na economia para assegurar o crescimento sustentado da economia e consequentemente o seu desenvolvimento econômico, como forma de garantir o pleno emprego dos fatores de produção, que são capital, trabalho, recursos naturais e conhecimento.

As políticas econômicas implementadas pelo Estado correspondem aos instrumentos necessários para alcançar os objetivos fundamentais traçados pelo Estado quanto ao desenvolvimento econômico, geração de emprego e renda, estabilidade dos preços e equilibro em relação ao comércio exterior especialmente quanto à balança de pagamentos. Garcia define política pública como "diretrizes, princípios, metas coletivas conscientes que direcionam a atividade do Estado, com o objetivo de atender o interesse público." [164]

Castro, por sua vez, entende por política pública:

> O conjunto de ações e programas de Estado de forma continuada no tempo e que tem o propósito de assegurar o atendimento às necessidades e aos direitos sociais da população. [165]

Carvalho afirma que:

> As políticas públicas (sociais) visam reduzir as desigualdades advindas do funcionamento do capitalismo, para garantir um mínimo de bem-estar para toda comunidade[166]

[164] GARCIA, Maria. Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, 1996. p. 64-67.

[165] CASTRO, Jorge Abrahão de *et al*. **Análise da evolução e dinâmica do gasto social:** 1995-2001, 2003. p. 9.

[166] CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. 2001. p.9.

Santos explica que as políticas públicas correspondem à forma de atuação do Estado nas suas funções de coordenação e de fiscalização para a realização de fins determinados chamados de direitos sociais, dentre os quais se inclui os direitos econômicos.[167]

O Estado, valendo-se das políticas públicas, tem o objetivo de promover o bem-estar da população, como forma de garantir a existência digna a todos, em um ambiente de justiça social. Os direitos sociais, previstos na Constituição, asseguram o 'mínimo existencial'. Mesmo que os direitos individuais permitam diferenças, deve haver um mínimo de igualdade para assegurar uma vida digna, que deve ser efetivado.

As políticas públicas devem ter como objetivo a diminuição da pobreza, elevar a taxa de ocupação da população economicamente ativa, diminuir as desigualdades sociais e regionais, assegurar condições adequadas de moradia e saneamento, apropriado sistema de transporte e de segurança, e condições adequadas de saúde e educação com qualidade para toda a população. Enfim, as políticas públicas devem garantir a efetividade dos direitos sociais para a realização dos princípios constitucionais, especialmente aqueles relacionados ao desenvolvimento econômico.

A expressão política pública, além de ser redundante, um verdadeiro pleonasmo, apresenta várias acepções, o que dificulta sobremaneira o seu estudo. Entretanto, alguns elementos são consistentes no seu conteúdo, quais sejam: a sua destinação social, que é uma forma de exercício do Poder do Estado, tendo como finalidade o alcance de um determinado objetivo pré-estabelecido, sendo definida por um grupo social devidamente organizado e obedecendo à ordem jurídica constitucional.

Torna-se evidente a conclusão de que as políticas públicas, como forma de atuação do Estado para atingir determinados fins, é

[167] SANTOS, Marilia Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: n. 158 abr./jun. 2003, p. 267.

resultante de uma atividade política do governo que representa um conjunto integrado de decisões, procedimentos e ações previamente determinadas, relacionadas à melhor alocação de recursos para aquele objetivo que foi objeto de decisão do governo, expressando uma relação de poder, para a solução de conflitos. A decisão de governo é uma decisão política, aqui entendida como uma escolha de alternativas, entre diversas opções, de acordo com os interesses do governo.

Em resumo, a política pública é uma ação de governo, um plano de ação, uma decisão política, para atingir um fim previamente determinado, nos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Bercovici, [168] examinando a matéria, diz que o planejamento é essencial para a realização das políticas públicas e para garantir a prosperidade social; entretanto, a Constituição de 1988 é pobre em suas referências ao planejamento. Esse fato, de certo modo, limita a própria atuação do Estado para o desenvolvimento de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento econômico.

Outro aspecto que se torna relevante, diz respeito ao debate entre a reforma do Estado, ou seja, o modelo de Estado e a definição de políticas públicas em função da modelagem dada ao Estado. A implementação de uma lógica empresarial nos espaços de governo, com orientação para o mercado, a desregulação e a implementação de uma cultura competitiva são exemplos típicos de decisões de governo, consolidando um modelo de Estado neoliberal. Para os defensores do neoliberalismo, as políticas públicas, como decisão de governo, deveriam privilegiar, nas palavras de Gros, as seguintes perspectivas:

[168] BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das Desigualdades Regionais. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willys Santiago (org). **Direito Constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. 2005. p.82.

> A centralização deve se opor a descentralização, à lógica de comando e controle, a da horizontalidade da equipe, à lógica monopolista, a competitiva; à regulação excessiva das tarefas, a proposição de objetivos e missões; a orientação por processos, a busca por resultados; à satisfação dos interesses da burocracia, a satisfação do cliente; à lógica que enfatiza os gastos, a que valoriza mais atenção aos ganhos; aos mecanismos administrativos, os mecanismos mercadológicos.[169]

Silva[170] apresenta outra definição de política pública como sendo o instrumento de ação do Estado e de seus poderes constituídos, em especial do Executivo e Legislativo, de caráter vinculativo e obrigatório, que deve permitir divisar as etapas de concreção dos programas políticos constitucionais voltados à realização dos fins da República e do Estado Democrático de Direito, passiveis de exame de mérito pelo Poder Judiciário.

Em síntese, as políticas públicas representam os instrumentos de atuação e de intervenção do Estado no domínio econômico, obedecendo aos princípios que regulam a atividade econômica, previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

7.1 Modos de atuação do Estado na Economia

A Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) não é tão clara, como as anteriores, quanto aos modos de atuação do Estado na

[169] GROS. Denise B. Institutos Liberais, neoliberalismo e políticas públicas na Nova República. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** vol 19. n° 54 p. 149.

[170] SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento.** 2004. p.104.

economia, visto que o Estado pode ser agente econômico ou agente disciplinador da economia e ao reconhecimento de duas formas de ingerência de Estado: participação e intervenção, ambas instrumentos do poder público. A questão que se traz a debate diz respeito à acentuada influência que tem o setor privado sobre o setor público quando o Estado passa a ser instrumento de acumulação para a iniciativa privada.

O Estado, como forma de assegurar a realização do bem-estar social, estabelece normas para a utilização e gozo do patrimônio privado. Se houver necessidade, intervém na propriedade privada e na 'Ordem Econômica' utilizando atos próprios de império, com o objetivo de atender às exigências sociais e para reprimir a conduta individual contra os interesses da coletividade.

Atua na economia para coibir os excessos que são praticados pela iniciativa privada, buscando na finalidade social para realizar o processo de desenvolvimento econômico e garantir a justiça social, utilizando instrumentos jurídicos de repressão ao abuso do poder econômico, adotando mecanismos de regulação do mercado e o controle de preços.

Intervenção e atuação do Estado no domínio econômico não se confundem. A intervenção na propriedade e a atuação do Estado no domínio econômico se fundamentam na necessidade de proteção aos interesses da coletividade sobre os interesses individuais. No caso de confronto entre os interesses coletivos e interesses individuais, devem prevalecer os primeiros, como fundamento do regime democrático, sem olvidar a responsabilidade objetiva do Estado, quando da intervenção no domínio econômico.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a intervenção do Estado no domínio econômico tem que obedecer aos princípios estatuídos na 'Ordem Econômica', considerando a responsabilidade objetiva do Estado quando provoca dano em decorrência dessa intervenção.

Daí, cabe reproduzir parte da decisão do Supremo Tribunal Federal, cuja relatoria foi do Min. Carlos Velloso, no RE 422941/DF, de 6/12/2005, sobre o tema:

> Entendeu-se que a intervenção estatal na economia possui limites no princípio constitucional da liberdade de iniciativa e a responsabilidade objetiva do Estado é decorrente da existência de dano atribuível a atuação deste. Nesse sentido, afirmou-se que fixação de preços, por parte do Estado, em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor constitui-se em óbice ao livre exercício da atividade econômica, em desconsideração ao princípio da liberdade de iniciativa.

Conclui a decisão do Supremo:

> Assim, não é possível ao Estado intervir no domínio econômico, com base na discricionariedade quanto a adequação das necessidades públicas ao seu contexto econômico, de modo a desrespeitar liberdades públicas e causar prejuízo aos particulares.

A doutrina faz referência a cinco (5) modalidades de atuação do Estado no domínio econômico: a) monopólio; b) repressão ao abuso do poder econômico; c) controle de abastecimento; d) tabelamento de preços; e) criação de empresas estatais, conforme foi examinado anteriormente.

Observe-se que existe diferença conceitual entre intervir e atuar no domínio econômico. A Constituição de 1988, de acordo com a Emenda Constitucional nº. 19/98, refere-se à atuação do Estado e não, à intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo, sobremaneira, a interferência do Estado na economia, salvo para assegurar a livre concorrência e o livre mercado. Desse modo, de acordo com o artigo 173 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), a exploração direta da atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando for absolutamente necessária aos imperativos da segurança nacional ou no caso de relevante interesse coletivo.

> **Artigo 173.** Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
>
> § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> c § 1º com a redação dada pela EC nº 19, de 4-6-1998.
>
> I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;
>
> II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
>
> III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

> IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
>
> V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.
>
> c Incisos I a V com a redação dada pela EC nº 19, de 4-6-1998.
>
> § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
>
> § 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.
>
> § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
>
> c Lei nº 8.884, de 11-6-1994 (Lei Antitruste).
>
> § 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a 'Ordem Econômica' e financeira e contra a economia popular.

A Lei Delegada nº 4, de 26-9-1962, dispõe sobre a intervenção no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.

Assim, a Constituição Federal de 1988 restringiu a atuação do Estado na 'Ordem Econômica', prevendo, em caráter excepcional, a exploração direta da atividade econômica pelo

Estado, admitindo em dois casos expressamente: a) imperativo da segurança nacional e b) relevante interesse coletivo. Daí porque se conclui que a iniciativa privada tem a preferência para explorar a atividade econômica, cabendo ao Estado a fiscalização, o incentivo e o planejamento, esse último meramente indicativo para o setor privado, cabendo ao setor público apenas ações supletivas e complementares na atividade econômica, excluindo-se as ações estatais de natureza interventiva, desde que estejam previstas em lei.

7.2 **Exploração Estatal da atividade econômica: Monopólio Estatal. Empresas Estatais**

Monopólio significa a exclusividade da exploração, produção, comercialização de determinado bem ou serviço ou de uma atividade específica. O monopólio estatal representa a exclusividade ou a reserva de certa atividade ou determinado setor para o Poder Estatal, por motivo de interesse público.

No sentido estrito, o monopólio significa o controle da produção e dos preços por uma única empresa. Meirelles apresenta a diferença entre monopólio e estatização da atividade econômica.

Para o autor citado, o monopólio estatal pode ser compreendido como:

> A reserva para o Poder Público de determinado setor do domínio econômico. Se a exclusividade for sobre todo o domínio econômico, deixará de ser monopólio para ser estatização da economia

privada, como ocorre nos regimes socialistas. [171]

Nesse sentido, a Constituição (BRASIL, 1988) estabelece no artigo 177, atividades que se constituem monopólio da União. O oligopólio pode ser definido como uma estrutura de mercado na qual existem poucos produtores que controlam a oferta de bens e serviços, para um grande contingente de compradores ou consumidores daqueles produtos.

Uma forma de exploração direta da atividade econômica pelo Estado ocorre por meio do monopólio estatal, matéria que vem sendo objeto de profundas transformações, diante da nova ordem jurídica que se instala no País, em consequência da política neoliberal adotada pelo governo. A quebra do monopólio do Estado nas áreas de telecomunicações, energia, dentre outras, representa um novo redesenho do papel do Estado, cujo modelo poderá conduzir a uma profunda instabilidade econômica e política do país.

Além das atividades elencadas no artigo 177 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que se constituem em monopólio da União, essa ainda detém o monopólio das seguintes atividades: emissão de moedas, serviço postal, correio aéreo nacional, serviços de telecomunicações e de radiodifusão, energia elétrica, navegação aérea e aeroespacial, infra-estrutura aeroportuária, serviços de transportes ferroviários, serviços de transportes rodoviários interestadual, dentre outras relacionadas no artigo 21 da Constituição Federal.

Sobre a criação de empresas estatais, como forma de atuação do Estado na atividade econômica a Constituição Federal (BRASIL, 1988) prevê que quando for absolutamente necessária aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, pode o Poder Público interferir no domínio, conforme definido em lei, como tem previsão no artigo 173 da Constituição

[171] MEIRELLES, Hely Lopes**. Direito Administrativo Brasileiro.** 1991, p. 617.

Federal (BRASIL, 1988), com a criação de empresas estatais.

Desse modo, o Estado pode instituir as empresas estatais sob a forma de sociedade de economia mista e empresas públicas, cuja criação tem que ser autorizada por lei. A criação de empresas estatais, de acordo com o texto constitucional, é uma exceção que somente se justifica quando o setor privado não atender àquele segmento do mercado necessário ao desenvolvimento nacional, lembrando que essas empresas estatais se sujeitam ao regime jurídico próprio de direito privado, inclusive no que diz respeito às obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias.

A Constituição Federal, ainda no mencionado artigo 173 (BRASIL, 1988), estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais se esses privilégios não forem extensivos ao setor privado, submetendo, as mencionadas empresas, aos princípios da administração pública, inclusive quanto a licitações e contratações, compras e alienações, bem como a participação de acionistas minoritários nos conselhos de administração e fiscal daquelas instituições.

Com o fundamento de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que explorem atividade econômica em sentido estrito e sem monopólio, estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estatuto da Advocacia se aplicava, da mesma forma que para o setor privado, aos advogados empregados das empresas estatais mencionadas. É relevante reproduzir a passagem do julgamento do STF, na ADI n 1.552-4, que trata da aplicação do Estatuto da Advocacia aos advogados das empresas estatais, que exercem suas atividades sem monopólio, cuja relatoria foi do eminente Min. Carlos Velloso:

> Se os empregados de empresas estatais estão submetidos a um regime laboral e previdenciário

> em tudo idêntico ao dos demais empregados, não pode o legislador, sem base firme no sistema jurídico-constitucional, adotar modelo mais restritivo, sob pena de incidir em afronta ao princípio da isonomia.

Continua o Min. Carlos Velloso:

> É dizer, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e quaisquer entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, sujeitam-se ao regime jurídico próprio e a legislação trabalhista das empresas privadas, dado que o fazem em concorrência com estas. Se ocorrer monopólio, não há concorrência. Então a ressalva será válida. Ora, se todas as empresas privadas estão sujeitas as normas trabalhistas inscritas no Estatuto da Advocacia, as empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, sem monopólio, terá aplicação essa mesma legislação.

Com relação à empresa pública, o Supremo Tribunal Federal – STF decidiu, em sede do RE 222.041-RS, cujo relator foi o Min. Ilmar Galvão, que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT não tinha o privilégio da impenhorabilidade dos seus bens, rendas e serviços, em face do que preceitua o artigo 173 da Constituição Federal no sentido de que, as empresas públicas se submetem ao regime próprio das empresas privadas.

7.3 Atuação no Domínio Econômico

Alguns autores costumam indicar, dentre as modalidades de atuação estatal na economia, a atividade de polícia. No entanto, Silva[172] não a considera como tal, colocando a intervenção no domínio econômico em um sentido amplo que abranja todas as formas de atuação do Estado na economia. A Constituição vigente não repreende esta atitude, nem impede a distinção entre participação (BRASIL, 1988, artigos 173 e 177), e intervenção (artigo 174), em que o Estado aparece como agente normativo e regular da atividade econômica que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, promotor e planejador da atividade econômica.

A Constituição Federal de 1988 restringiu bastante a interferência do Estado na economia, deixando de falar em intervenção e destacando a atuação do Estado no domínio econômico, conforme previsto no artigo 173:

> [...] ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definido em lei., [...] a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros.

De acordo com o texto constitucional, a prioridade para a

[172] SILVA, José Afonso da. op. cit., 1995. p. 82.

exploração da atividade econômica é da iniciativa privada, cabendo ao Estado as atribuições relativas à fiscalização, incentivo e planejamento. Esse determinante para o setor público é indicativo para o setor privado.

Araújo [173] afirma que a crescente intervenção do Estado no domínio econômico é um aspecto que, de certo modo, tem atraído muito a atenção daqueles que se dedicam ao estudo do Direito Público, considerando que o processo intervencionista não dispõe de controle efetivo das instituições.

Para devolver a normalidade à economia, o Estado regulamentou a atividade econômica por meio da sua intervenção. Como a normalidade consiste em manter um regime de livre concorrência, uma das primeiras formas de intervenção foi a adoção de medidas legislativas que intentavam restabelecer a livre concorrência.

Atualmente, existem muitos outros objetivos da regulamentação econômica, mediante a qual se disciplinam os preços, o consumo, a poupança e os investimentos. A política fiscal é, sem sombra de dúvidas, o instituto mais importante para o desenvolvimento econômico, na medida em que direciona a intervenção governamental para os fins previamente colimados.

A fiscalização, por sua vez, pressupõe o poder de regulamentação, pois visa, precisamente, controlar o cumprimento das determinações deste poder e, se for o caso, apurar a responsabilidade e aplicar a penalidade cabível.

Com base na escola keynesiana, tem-se, ainda, o incentivo, função normativa e regulamentadora da atividade econômica pelo Estado, que o faz promotor da economia, aquele que protege, estimula, promove, apoia, favorece e auxilia, sem empregar meios

[173] ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Teoria Econômica e Direito.**1999, p. 34.

coativos às atividades particulares, que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral.

Ao se analisar as diretrizes atuais e as políticas públicas, que foram implementadas pelo governo brasileiro nos últimos dez anos, percebe-se um posicionamento absolutamente distanciado dos princípios que visam ao desenvolvimento nacional previsto na Constituição da República.

Seguindo os princípios do neoliberalismo, têm-se tomado medidas que limitam a intervenção do Estado na economia, pondo fim às restrições ao mercado externo, deixando à mercê do capital internacional as pequenas e médias empresas. A marca essencial do neoliberalismo é a máxima liberdade individual. Partindo desse pressuposto, rebela-se contra os benefícios sociais que são assegurados pelo modelo de Estado do Bem-Estar Social, da mesma forma insurgindo-se contra as práticas de programas sociais e mostrando-se resistente à intervenção do Estado no domínio econômico. Prega o livre mercado, pó meio da desregulamentação da economia, com o fortalecimento do livre comércio.

Não existem dúvidas de que a Constituição de 1988 assegurou, para a iniciativa privada, a prevalecia do desenvolvimento da atividade econômica deixando o Estado em plano secundário, destacando que, somente excepcionalmente, a exploração da atividade econômica seria realizada pelo Estado, quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou quando for de relevante interesse coletivo, conforme se reproduz do artigo 173 da Constituição Federal.

> Artigo 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevantes interesses coletivos, conforme definido em lei. (EC 19/98).

Entretanto, estabelece que o Estado tem a função de fiscalizar, incentivar e planejar, sendo que aquela relacionada ao planejamento é indicativa para o setor privado e determinante para o setor público, conforme se pode examinar no artigo 174 da Constituição Federal.

Diz o artigo 174 (BRASIL, 1988):

> Artigo 174 - 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.

O novo papel que passa a desenvolver o Estado na economia leva a uma acentuada modificação na atividade de prestação dos serviços públicos, passando o Estado a adotar o modelo de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos, através da concessão dos serviços públicos a iniciativa privada.

Nesse particular, destaca-se o papel de agente fiscalizador que o Estado assume na nova ordem constitucional. Assim, o papel desempenhado pelas agências reguladoras é essencial para a política de descentralização administrativa, com independência administrativa e financeira em relação ao Poder Executivo. As agências reguladoras podem ser instituídas por qualquer um dos entes da federação.

As agências reguladoras[174], na ordem jurídica nacional, foram

[174] Principais Agências Reguladoras: Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Águas (ANA), Agência Nacional de Petróleo (ANP), Agência Nacional dos Transportes Terrestres (ANTT), Agência Nacional da Aviação (ANAC), Agência

constituídas sob a forma de autarquia de regime especial, integrando a administração indireta, com vinculação ao Ministério competente da área de atuação da agência reguladora. Como autarquia especial, as agências reguladoras apresentam características próprias, a exemplo da independência administrativa, ausência de subordinação ao Ministério a que se vincula e a qualquer outro órgão da Administração Pública, seus dirigentes têm mandato fixo, com estabilidade no cargo que ocupam, não podendo ser demitido *ad nutum*, e são constituídas com autonomia financeira. Atente-se para o fato de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), embora criado como autarquia especial, não é uma agência reguladora, é um órgão de julgamento administrativo.

7.4 Propriedade de recursos naturais, do solo e do subsolo

Podem-se definir os bens públicos como todos aqueles que são de propriedade ou pertencem às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações públicas e aqueles bens que, embora não pertencentes a essas pessoas, encontram-se relacionados à prestação do serviço público, denominando-se o conjunto de bens públicos de 'domínio público'.

Os bens públicos sujeitam-se a um regime jurídico específico cujas características são as seguintes: inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade, ou a intangibilidade, que significa a união das três características mencionadas; os bens públicos, regra geral, não podem ser alienados, não podem ser

Nacional de Saúde Suplementar (ANS), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), dentre outras.

praceados, não podem ser gravados com direitos reais de garantia, não são sujeitos à ação de usucapião.

Pertencem ao domínio público da União, no subsolo, aquelas cavidades subterrâneas, as jazidas minerais do subsolo, os sítios arqueológicos e pré-histórico, os recursos minerais.

Observe-se que o solo é, via de regra, bem de propriedade privada e eventualmente pública. Logo, o subsolo, também como parte integrante do solo em toda a sua profundidade, tem utilidade. Entretanto, o artigo 20 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) relaciona os bens da União: os recursos minerais, inclusive os do subsolo, os potenciais de energia hidráulica, os recursos naturais da plataforma continental, os terrenos de marinha, as cavidades naturais subterrânea e os sítios arqueológicos, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

De acordo com o artigo 20, inciso IX, da Carta da República (BRASIL, 1988), são bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo. Ainda o artigo 176 da Constituição Federal assegura que as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais constituem-se propriedade distinta do solo, para fins de exploração e aproveitamento, e pertencem à União, garantindo-se ao concessionário a propriedade do produto da lavra, cuja exploração somente poderá ser efetuada com a autorização ou a concessão da União. A Constituição assegura ao proprietário do solo a participação nos resultados da lavra.

7.5 Jazidas, em lavra ou não. Recursos minerais. Propriedade. Exploração e aproveitamento. Autorização e concessão. Limites. Interesse nacional

O artigo 176 da Constituição Federal assegura como pertencente à União, garantindo ao concessionário a propriedade do produto da lavra, as jazidas, em lavras, ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, que se distinguem do solo, para fins de exploração e de aproveitamento. Fica assegurada ao proprietário do solo, a participação em quaisquer resultados da exploração da lavra, na forma e no valor que será disposto em lei.

A pesquisa, a lavra e qualquer forma de aproveitamento dos recursos naturais somente poderão ser concedidos ou autorizados pela União, observando o interesse nacional, desde que por brasileiros, natos ou naturalizados, ou empresa constituída sob a forma de lei brasileira e que tenha a sede e administração no Brasil, constituindo-se propriedade pública federal.

Importante destacar que o sentido da palavra concessão de serviço público, apresenta o mesmo significado de permissão, licença, autorização, embora o seu significado técnico tenha conteúdo específico. Em todos os casos, concessão, permissão, licença, autorização, existe a ideia de que a Administração Pública promove a transferência para terceiros de poderes, total ou parcial, vantagens, utilidade, que pertencem originariamente a Administração.

Entretanto, a concessão tem a característica essencial de um contrato, enquanto a permissão ou autorização e a licença não se constituem em contrato, mas são atos administrativos, pré-determinado, para atender a determinação legal. No caso da autorização, a permissão é ato administrativo discricionário pelo qual a administração faculta ao particular o uso de bens ou o exercício de

um direito, como o exemplo a autorização concedida para a exploração de minerais.

Em sentido técnico, a concessão é um contrato de transferência temporária, de execução de um serviço, da administração para um particular, cujo serviço é de interesse geral, assumindo o concessionário o risco do serviço que será prestado no seu próprio nome, sendo remunerado diretamente do usuário do serviço.

A autorização é um ato administrativo de natureza unilateral, discricionário, de caráter precário, através do qual a administração faculta a exploração de jazida mineral.

CAPÍTULO 8

DIREITO ECONÔMICO: O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ORDEM ECONÔMICA E O ABUSO DO PODER ECONÔMICO

8.1 Livre concorrência e abuso do poder econômico

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, parágrafo 4º, prescreve que a Lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Um dos mais relevantes princípios da 'Ordem Econômica', previstos na Constituição Federal de 1988, é o princípio da livre concorrência. De acordo com esse princípio, o exercício de qualquer atividade econômica independe de autorização do Poder Público, salvo nos casos previstos em lei, conforme pode ser examinado no artigo 170 da Constituição de 1988.

Por outro lado, a exploração da atividade econômica, por parte do Poder Público, é exceção, sendo admitida em caráter excepcional, quando for de relevante interesse da coletividade e absolutamente necessária aos imperativos da segurança nacional, conforme encontra-se previsto no artigo 173 da Carta da República (BRASIL, 1988).

Entretanto, o Estado deve adotar as medidas necessárias para impedir o abuso do poder econômico e assegurar a livre

concorrência, utilizando os meios legais disponíveis para intervir na atividade econômica.

Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento que a Lei Delegada nº 4/62, foi recepcionada pela Constituição Federal como instrumento normativo para reprimir o abuso do poder econômico que tenha o objetivo de dominar o mercado concorrencial e a eliminação da livre concorrência, nos termos previstos pelo artigo 173, parágrafo 4º. da Constituição de 1988:

> AI 268857 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO
>
> AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
>
> Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
>
> Ementa
>
> FISCALIZAÇÃO - LEI DELEGADA Nº 4/62 - RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. A Lei Delegada nº 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no que revela o instrumento normativo como meio para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros - § 4º do artigo 173 -, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado - artigo 174, ambos da Carta Política em vigor.

Inúmeras outras decisões do Supremo Tribunal Federal são no sentido de conciliar os fundamentos da livre concorrência com a defesa do consumidor, admitindo a regulação dos preços praticados no mercado por intervenção direta do Estado. As duas decisões

reproduzidas a seguir destacam o poder de intervenção que possui o Estado, quando da regulação de preços praticados no mercado, para conciliar os fundamentos da 'Ordem Econômica' relacionados com a livre concorrência e a livre iniciativa frente a defesa do consumidor, como forma de reprimir o abuso do poder econômico que tenha como objetivo a dominação do mercado.

ADI 319 QO / DF - DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Ementa

EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, que dispõe sobre critérios de reajuste das mensalidades escolares e da outras providencias. - Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que e o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. - Não e, pois, inconstitucional a Lei 8.039, de 30 de maio de 1990, pelo só fato de ela dispor sobre critérios de reajuste das mensalidades das escolas particulares. - Exame das inconstitucionalidades alegadas com relação a cada um dos artigos da mencionada Lei.

No mesmo sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, entendendo que ao Estado cabe a fixação dos

preços das mensalidades escolares como forma de reprimir o abuso do poder econômico. A idéia relacionada ao abuso do poder econômico encontra-se no excesso do uso do poder em detrimento da parte mais frágil da relação econômica. Os inúmeros casos relacionados ao aumento abusivo das mensalidades escolares tornam-se emblemáticos para demonstrar a necessidade de intervenção do Estado no domínio econômico, no sentido de reprimir os abusos praticados no mercado brasileiro, em relação às mensalidades escolares.

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 30/11/1993

Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA

Publicação: DJ 27-05-1994 PP-13177 EMENT VOL-01746-04 PP-00693

Ementa

ATO JURÍDICO PERFEITO - DIREITO ADQUIRIDO - CONSTITUIÇÃO FEDERAL. A existência de ato jurídico perfeito, a desaguar em direito adquirido, pressupõe a formalização em harmonia com a ordem jurídica constitucional. Isto não ocorre quando a Corte soberana no exame dos elementos probatórios dos autos decidiu considerada a possibilidade de o Estado cortar abusos econômicos perpetrados na fixação dos preços das mensalidades escolares. **E que o par. 4. do artigo 173 da Constituição Federal reserva a lei a repressão ao abuso do poder econômico, no que vise a dominação dos mercados,** a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. assim, não se pode ter a Lei n. 8.039/90, no particular, como conflitante com a autonomia assegurada no artigo 209, nem com princípio estabelecido no inciso

> XXXVI do artigo 5., ambos da Carta Federal de 1988.

A livre concorrência é uma manifestação da liberdade de iniciativa garantida na atual Constituição (BRASIL, 1988, artigo 173). O Estado um relevante papel na 'Ordem Econômica', especialmente por meio das políticas econômicas, devendo intervir para coibir os abusos, em favor da economia de livre mercado. Na realidade brasileira, no entanto, reconhece-se uma livre concorrência apregoada pelo neoliberalismo, na qual predominam as formas oligopolistas. Não se pode falar, por isso, em economia descentralizada, tornando-se, poucas vezes, eficaz a legislação tutelar à concorrência, exatamente pelo acentuado grau de concentração da economia brasileira. Desse modo, torna-se essencial o fortalecimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Nessa perspectiva, dá-se início a um processo de intervenção do Estado no domínio econômico, para relativizar aquelas formulações liberais de índole marcadamente individualista, para dar lugar à floração de condições socioeconômicas tutelares no 'momento coletivo', em substituição ao 'atomismo individualista'.

Em nome desse novo ideal, legitima-se a intervenção do Poder-Público do Estado na vida social. A política pública é o instrumento mais evidente dessa intervenção para produzir o melhor resultado para o desenvolvimento econômico, assegurando a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico.

A evolução do Estado Liberal a Estado Social de Direito se dá, por conseguinte, sob a inspiração humanística de que a fruição dos bens materiais, como pressuposto da liberdade, não pode e não deve ser conferida a uma só classe social, mas precisa ser uma realidade ao alcance de todos os estamentos sociais, como afirma

Bonavides.[175] Daí, a valorização do trabalho humano, ao lado da livre iniciativa na ordem econômica.

Dessa forma, chegou-se a expedientes que a teoria econômica liberal não esperava que se efetivassem, pois imaginava a renovação permanente dos concorrentes, na medida em que os derrotados fossem imobilizados. Na moderna economia de mercado, tais expedientes ganham a proporção de 'falhas econômicas' e comandam o seu mecanismo. A 'concentração' se cumpre por processos variados com a 'fusão' de empresas, a 'encampação', a 'absorção' e outros, que levam ao crescimento de uma delas, ou ao aparecimento de uma entidade nova, que seja o resultado da soma das anteriores. Fala-se, atualmente, na 'parceria' entre o público e o privado, como forma de mobilizar os investimentos na economia.

Outros caminhos foram igualmente abertos para que se chegasse aos mesmos resultados da 'concentração', embora mantendo um número maior de concorrentes. São as formas de 'acordo' ou 'ajuste', nas quais cada uma das empresas componentes continua existindo com sua autonomia, porém as combinações entre elas levam ao mesmo resultado dos monopólios e dos monopsônios, em termos de preços e de controle de mercado.

Não deixaram de se aperfeiçoar, também, as formas de se apresentarem várias empresas sob o comando único, como as '*holdings'.* Levam, do mesmo modo, ao domínio do mercado e ao desvirtuamento da concorrência livre e da ruptura com o modelo baseado no livre mercado.

Como tradução das novas conquistas no terreno da concorrência privada, o mundo ultrapassa as fronteiras nacionais. Em lugar de 'empresas nacionais' e 'empresas estrangeiras', em cada país surgem as 'empresas multinacionais' e 'transnacionais',

[175] BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

geralmente, componentes de grandes conglomerados que atuam nas economias internas, dominando uma imensa variedade de seus canais, além de apresentarem dimensões capazes de impor o seu poder de modo irretorquível. Sendo 'multinacionais' ou 'transnacionais', conseguem, com maior facilidade, dominar o próprio direito nacional de cada país desafiando o jurista moderno a encontrar soluções para o controle desse Poder Econômico Privado, que chega a se sobrepor ao próprio Poder Econômico Público nas diferentes nações. A parceria entre o público e o privado aparece como uma solução para viabilizar o processo de desenvolvimento econômico.

A esse propósito, o Governo Federal obteve aprovação no Congresso Nacional do projeto de lei que trata do estabelecimento de normas gerais para a licitação e para a construção de parceria público-privada, tanto para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, como para viabilizar o uso de recursos públicos e investimentos privados em projetos de relevante interesse público.

No neoliberalismo, entretanto, o Estado passou a traçar e a comandar, de modo mais ou menos intenso, a Política Econômica do país, da qual é co-participante direto, ao lado dos particulares. Em verdade, assume, também, em relação a esses particulares, a função de disciplinar as atividades econômicas, por meio das denominadas 'agências reguladoras' que devem possuir autonomia suficiente para garantir as condições do mercado e da livre iniciativa.

Partindo desses pressupostos, o modelo neoliberal de Estado repudia as políticas públicas de benefícios sociais. Advoga a favor da diminuição do tamanho do Estado e a sua exclusão da atividade econômica, transferindo o controle das empresas estatais para a iniciativa privada, pregando a desregulação da economia, a exclusão do Estado na função reguladora entre trabalhador e empregador.

Em uma economia de mercado, em que o Estado não é suficientemente forte, este se torna incapaz de controlar a inflação, não conseguindo reduzir as disparidades sociais, nem impor políticas públicas para atingir o desenvolvimento econômico,

tornando-se, na realidade, 'refém' do mercado. Desse modo, é absolutamente compatível, em uma economia de mercado, a existência de um Estado forte, que possa assegurar a livre concorrência.

Assim, a ação política se torna inócua para atingir o desenvolvimento econômico. Tem-se, portanto, o Estado atuando diretamente na vida econômica, em antagonismo com a sua posição absenteista no Liberalismo que, por sinal, jamais foi tão completa como querem afirmar alguns. As políticas públicas são direcionadas para assegurar e garantir os mecanismos próprios do livre mercado e da iniciativa privada.

Um preconceito liberal que marca o neoliberalismo considera a ação do Estado como 'exceção', enquanto a 'regra' continua sendo a não atuação estatal. Quando o Estado passa a agir na vida econômica, ocorre a 'intervenção no domínio econômico', pois ele passa a ser o empresário, atuando no campo dos fatos econômicos em geral, como também na área reservada ao domínio do particular. A ordem jurídica é redesenhada para assegurar os mecanismos do livre mercado e da livre concorrência.

8.2 Intervenção e dirigismo

Para Horta,[176] sobre o exame do intervencionismo, o dirigismo e o liberalismo, presentes na 'Constituição Econômica', são ideologias que, de certa forma, se alternam na formulação das políticas públicas e é essa relação alternativa, de certo modo, que conduz à ambiguidade que se verifica nas cláusulas da 'Ordem Econômica', prevalecendo uma em detrimento da outra, em consequência do grupo que tem a hegemonia econômica e política,

[176] HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. 1995, p. 296.

em determinado momento histórico. Dessa forma, a política fiscal é um dos resultados que surgem dessa relação de forças políticas amparadas pelos interesses das forças econômicas.

A ação econômica do Estado passou por várias fases, dentre elas caracterizada pelo intervencionismo, em que aquela ação é caracterizada por ser ocasional e ditada por preocupações de mera conjuntura e outra de dirigismo em que existe uma ação sistemática sobre a economia, sem estar, contudo, inserida num plano geral.

Tanto o intervencionismo, como o dirigismo antecederam o período da primeira Grande Guerra. A intervenção do Estado, nessa época, não se caracterizou pelas preocupações de racionalidade, muito embora abrangesse domínios muito vastos. Economicamente, o aspecto principal dessas intervenções estava na tentativa de proteger a 'Ordem Econômica' contra o abuso do poder econômico dominante e no uso do poder de polícia, mesmo estando em situações de direito privado, nas relações entre particulares, para assegurar o interesse coletivo.

É importante assinalar algumas distinções essenciais entre o intervencionismo e o dirigismo. O primeiro não se faz contra o mercado, mas a seu favor, visto que, considerado mecanismo de coordenação e organização dos processos econômicos, é mantido como o princípio regulador da economia dos bens de produção e na liberdade de iniciativa. O segundo é próprio das economias de planificação compulsória e pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos. Além disso, o intervencionismo visa estimular o mercado e definir suas diretrizes, constituindo-se de uma atitude flexível; ao contrário do dirigismo, que age autoritariamente e rigidamente impondo certos comportamentos.

No dirigismo, há uma direção central da economia que funciona na base de um plano obrigatório, no qual todos o executam; a entidade autora do plano determina a necessidade dos sujeitos e a

sua prioridade, fixa os níveis de produção dos preços e opera direta ou indiretamente a distribuição dos bens produzidos.

No intervencionismo, a produção é fixada pelos produtores. A repartição opera pela circulação livre dos bens e a formação de preços ajusta-se pelas regras do mercado, não excluindo a intervenção do Estado para a garantia da segurança dos contatos preestabelecidos.

Na visão de Ferraz Júnior, [177] "a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor." O artigo 170 da Constituição de 1988, ao acentuar a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano como fundamentos da 'Ordem Econômica', repudia a economia estatizada e o dirigismo econômico. Logo, quando na Constituição se assinalam as formas de intervenção do Estado, dentre elas a de planejamento, nada se relaciona à expressão com o dirigismo, mas ao intervencionismo, que ocorre no desenvolvimento da economia capitalista. O Estado, como agente normativo e regulador, não se impõe ao mercado para dominá-lo, não o dirige, apenas o protege para que a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano ocorram nos quadros dos princípios constitucionais.

8.3 Intervenção e atuação do Estado no domínio econômico de acordo com a Constituição Federal de 1988

É indiscutível que as duas grandes guerras mundiais e a crise

[177] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados*:* O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. n°1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 141-154.

da economia capitalista de 1929 constituíram-se em acontecimentos determinantes para conduzir a intervenção do Estado na atividade econômica e social. A Constituição já não é tão clara, como as anteriores, quanto aos modos de atuação do Estado na economia. Refere-se à exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Pode-se manter, em face da atual Constituição (BRASIL, 1988), a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que reconhecer a participação e a intervenção como formas de ingerência do estado na 'Ordem Econômica'.

A primeira, com base nos artigos 173 e 177, caracteriza o Estado administrador de atividades econômicas.

Como observa Moraes:

> Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade de exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da 'Ordem Econômica'.[178]

Vidigal[179] explicita a distinção entre a participação do Estado no domínio econômico e a atuação do Estado na economia. Segundo o autor citado, o primeiro compreende à direção da atividade econômica global e a intervenção sobre o setor privado da economia; no primeiro caso, a participação do Estado na economia

[178] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 2007.

[179] VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico.**1977, p. 93-100.

compreende os serviços públicos de natureza econômica, as atividades concernentes ao monopólio estatal e a exploração da atividade concorrencial.

De acordo com o mencionado autor, a chamada intervenção direta ou participativa do Estado na economia encontra-se prevista na Constituição Federal (BRASIL, 1988, artigos 23, 24, 25, 30 e 175). É bem verdade que os serviços públicos, cuja titularidade é exclusiva do Estado, são delegados a particulares mediante contrato de concessão de serviço público.

Sobre o conflito entre o princípio e a regulação da atividade econômica, o Superior Tribunal de Justiça - STJ, em decisão histórica em sede de Mandado de Segurança de n°. 2.887-1, da lavra do Ministro César Asfor Rocha, posicionou-se de forma clara pela regulação da atividade econômica para aqueles setores absolutamente estratégicos, competindo-lhe, inclusive, estipular os preços que devem ser praticados naqueles setores, cabendo, ainda, ao Estado o relevante papel de agente regulador das atividades econômicas em geral.

A decisão do STJ acabou, de certo modo, com o conflito de interpretação sobre a forma como o governo deve atuar no que diz respeito à intervenção no mercado para definir preços naqueles segmentos considerados estratégicos. O Estado deveria, então, assumir a sua atribuição de agente normativo e regulador da economia, diante das exigências do interesse público.

O artigo 173 trata da exploração direta da atividade econômica pelo Estado, das relações entre empresas públicas e mistas com o Estado e a sociedade, que somente será permitida se necessária à segurança. O artigo 177 trata dos monopólios da União. A segunda intervenção, com base no artigo 174, em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado como regulador, promotor e planejador da economia. O planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Na realidade, a

relação próxima entre o Estado e o setor privado retira do setor público a independência e a autonomia para a definição de políticas públicas.

O governo tem quatro ferramentas fundamentais para intervir na economia: despesas públicas, produção via empresas estatais, impostos e controle normativo. Intervindo, os governos perseguem objetivos gerais, tal como o progresso econômico e social do país, ou seja, maior nível possível de emprego, estabilidade de preços e crescimento econômico, em logo prazo, uma distribuição eqüitativa de renda e o equilíbrio dos intercâmbios comerciais com o resto do mundo. Para alcançar os fins a que se propõe, utiliza a política econômica, geralmente mediante os instrumentos que essas políticas oferecem.

Integram as políticas públicas, os programas do governo relacionados com a compra de bens e serviços, o gasto de transferências e a quantidade e o tipo de impostos relacionados à política tributária. Por meio dos impostos, o governo atua na economia. Se o nível da atividade econômica é baixo e existe um alto desemprego, o governo pode reduzir os impostos com o objetivo de impulsionar a demanda e o consumo.

Inversamente, pode elevar os impostos para reduzir a demanda agregada, se estiver maior que a capacidade produtiva do país. Atuando dessa maneira, o governo está utilizando os impostos como estabilizadores automáticos, pois atuam no sistema econômico reduzindo mecanicamente as forças de recessão ou expansão da demanda, sem que sejam necessárias medidas discricionárias de políticas econômicas, ou seja, uma intervenção direta no domínio econômico.

São algumas políticas discricionárias: 1) programas de obras públicas e outros gastos; 2) projetos públicos de geração de empregos; 3) transferências - o governo cria programas para grupos que estão à margem do mercado de trabalho. 4) adoção de políticas tributárias expansionistas, com modificações nas alíquotas dos impostos e 5) manipulação da política monetária.

A política monetária é o conjunto de atos do Banco Central – BACEN, para controlar a taxa de juros e, em geral, as condições de crédito. Influi na atividade econômica, atuando sobre o gasto total da economia e, em particular, sobre o gasto das famílias e sobre o investimento das empresas, sobre a geração de emprego e renda. Apresenta forte influência sobre o desenvolvimento econômico.

A República Federativa do Brasil assegura o livre mercado, a propriedade privada e a livre empresa, condicionando o uso da política econômica e o exercício das atividades econômicas ao bem-estar social, conforme previsto no artigo 170 da Constituição de 1988. Entretanto, nos últimos dez anos, o que se pôde observar foi uma preocupação dos governantes em adotar políticas voltadas para os ajustes da economia, visando à estabilidade da moeda e na tentativa de assegurar o *superávit* nas contas para o pagamento do serviço da dívida pública. Essa política econômica teve como fundamento o aumento do superávit fiscal; por isso, a ênfase dos governos foi na dramática redução dos gastos em programas sociais, dentro de uma situação na qual o aumento nos gastos públicos em políticas sociais era de extrema necessidade.

Essas políticas que foram implementadas privilegiaram sobremaneira os ajustes econômicos e abandonaram, quase que por completo, os programas de desenvolvimento social, comprometendo os resultados do desenvolvimento econômico. Na realidade, o que se pôde constatar, ao longo dos últimos dez anos, foi uma precarização do emprego, diminuição dos salários, acréscimo do emprego informal e aumento acentuado da taxa de desemprego, comprometendo os resultados dos indicadores sociais e acentuado os desequilíbrios regionais e sociais. A prioridade das políticas governamentais foi dada ao mercado e à iniciativa privada. A intervenção do Estado se deu para ajustar as contas do governo, agravando de forma acentuada o processo de exclusão social e suas consequências óbvias.

Quem tem a competência de intervir e atuar no domínio econômico é a União; de acordo com os artigos 22, II e III, e 173 da Constituição Federal(BRASIL, 1988), aos Estados e Municípios só

cabem as medidas de polícia administrativa, de condicionamento de uso da propriedade ao bem-estar social e de ordenamento das atividades econômicas, nos limites da legislação federal. Ao Poder Federal, cabe regular o Direito de propriedade e dispor sobre a intervenção no domínio econômico, ato privativo da União. Desse modo, aos Estados e Municípios somente compete a intervenção no domínio econômico quando por delegação da União.

No entanto, há intervenção do poder público na propriedade privada, quando não está sendo cumprida sua função social, ordenando seu uso por meio de limitações. “Na ‘Ordem Econômica’ o Estado atua para coibir os excessos da iniciativa privada e evitar que se desatenda às suas finalidades”. [180] Na economia, a intervenção estatal encontra limites na própria ‘Ordem Econômica’. Para Fonseca, a atuação do Estado, no âmbito da relação direito-economia, se exprimiu por meio de uma linguagem própria, formando um discurso propiciador da imposição de princípios destinados a reger a interação humana, o Direito aparece sobre tudo em lugar privilegiado. [181]

A ordem constitucional brasileira, com quase vinte anos, sofreu mais de cinquenta emendas, em sua maioria com o objetivo de garantir os preceitos fundamentais do liberalismo econômico. Por outro lado, encontra-se o Brasil no 65°. Lugar, na classificação da Organização das Nações Unidas – ONU sobre o ‘desenvolvimento humano’, e apresenta um dos maiores indicadores de concentração de renda do mundo, um emblemático paradoxo dos modelos econômico e jurídico adotados pelo governo brasileiro nos últimos dez anos, e sua ineficácia para assegurar os direitos sociais previsto no texto da Constituição Federal.

[180] MEIRELLES, Hely Lopes**. Direito Administrativo Brasileiro.** 1991, p. 492.

[181] FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 2004, p. 170.

CAPÍTULO 9

SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. DA LEI ANTITRUSTE. EXAME DA LEI ANTITRUSTE OU A LEI DE DEFESA DA 'ORDEM ECONÔMICA' E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PERANTE O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE

Prevê a Constituição Federal (BRASIL, 1988, artigo 173, parágrafo 4º.) que a lei reprimirá o abuso do poder econômico, o aumento arbitrário dos lucros, bem como práticas que possam levar a dominação dos mercados, com o objetivo de reprimir as infrações a 'Ordem Econômica', observando os princípios constitucionais da livre iniciativa, da função social da propriedade, a defesa do consumidor e especialmente para reprimir o abuso do poder econômico.

> Artigo 173:
>
> (...)
>
> § 4º A lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, ao

lado da Secretaria de Direito Econômico – SDE vinculada ao Ministério da Justiça e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE vinculada ao Ministério da Fazenda, integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, que tem como principal objetivo promover a concorrência e a competitividade do sistema econômico por meio de instrumentos repressivos de ações que possam limitar ou prejudicar o mercado concorrencial, com fundamento na denominada Lei de Defesa da Concorrência, ou Lei Antitruste, a Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994).

O SBDC, além do controle da concentração econômica ou controle das estruturas de mercados, por meio do exame e autorização de fusões, aquisições, incorporações e criações de empresas de grande porte, tem também o papel de promover a repressão a condutas e práticas anti-concorrenciais e, por fim, promover a divulgação da cultura da concorrência ou a chamada 'advocacia da concorrência'.

Dando sustentação à política nacional de Defesa da Concorrência o Supremo Tribunal Federal - STF firmou o entendimento de que a Lei Delegada nº 4/62 foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como instrumento normativo e forma de reprimir o abuso do poder econômico que tenha o objetivo de dominação dos mercados, bem como à eliminação da concorrência e, por fim, ao aumento arbitrário dos lucros, conforme comando do § 4º do artigo 173 -, bem como quanto à atuação fiscalizadora do Estado - artigo 174, ambos da Carta Política de 1988.

Nesse sentido, a Lei antitruste brasileira, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a 'Ordem Econômica', tem como finalidade proteger a coletividade que é a titular dos bens jurídicos albergados pela lei e dispõe sobre os instrumentos de proteção e repressão às práticas estabelecidas pelo mercado, capazes de infringir à 'Ordem Econômica', especialmente no que se refere à eliminação da concorrência e a dominação de mercados.

A incidência da lei obedece ao princípio da territorialidade, segundo o qual as práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional ou que possam produzir efeitos no âmbito deste território, sofrem a aplicação da Lei Antitruste, sem o prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Estado brasileiro. Para fins de aplicação dessa Lei, as empresas estrangeiras que tenham filiais, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante no território nacional são consideradas como domiciliadas no Brasil, para os fins colimados pela lei antitruste brasileira.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, como entidade judicante, tem jurisdição em todo o território nacional, em matéria de concorrência. É uma autarquia federal, de natureza especial, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, foi instituído em 1962, posteriormente transformado, em Autarquia Especial vinculada ao Ministério da Justiça, estando regulamentado na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Dentre as suas atribuições, o CADE tem a finalidade de orientar, fiscalizar, prevenir e apurar abusos de poder econômico, exercendo papel tutelador da prevenção e repressão desse poder. É de sua responsabilidade, no âmbito da esfera administrativa, a decisão final e o julgamento dos processos sobre questões relacionadas à matéria concorrencial, após o exame dos pareceres e instrução processual elaborados pela Secretaria de Direito Econômico – SDE, do Ministério da Justiça e da Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE do Ministério da Fazenda.

Cabe à Secretaria de Direito Econômico – SDE/MJ e à Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MINIFAZ a investigação e instrução dos processos instaurados na forma da Lei de Defesa da ‘Ordem Econômica’, os quais são submetidos ao Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica para julgamento.

A SDE tem competência para promover a Averiguação Preliminar que consiste em procedimento investigatório levado a

cabo pela Secretaria, de ofício ou mediante representação escrita e fundamentada, que pode ser apresentada por qualquer pessoa, diante da existência de indícios de infração a 'Ordem Econômica' e que aqueles indícios não sejam suficientes para a instauração de um processo administrativo. No critério exclusivo do Secretário da SDE, aquela averiguação preliminar pode ocorrer sob sigilo dependendo do interesse das investigações. É atribuição da SDE representar ao Ministério Público para que sejam adotadas as medidas judiciais necessárias para a cessação de ato praticado por empresa contra a 'Ordem Econômica', quando do descumprimento de medida preventiva imposta pela Secretaria, sem o prejuízo da cobrança de multa aplicada.

Por sua vez, a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, que é órgão específico e singular do Ministério da Fazenda, tem a principal atribuição de acompanhar os preços da economia e subsidiar as decisões em termos de reajuste e revisão de preços controlados e de tarifas pública. Também é de competência da Secretaria a apreciação dos atos relacionados à concentração de empresas e reprimir condutas consideradas anti-concorrenciais. Dentre as suas atribuições, são destacadas: a) assegurar a defesa da 'Ordem Econômica', em articulação com demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência; b) proceder a análise econômica de práticas que sejam consideradas limitadoras da concorrência nos termos da Lei n° 8.884/94; c) realizar, tal qual a SDE, em face de indícios de infração a 'Ordem Econômica', investigações de atos ou condutas limitadoras da concorrência.

Além daquelas atribuições previstas na Lei Antitruste, o CADE desempenha três outras prerrogativas complementares: preventiva, repressiva e educativa.

No seu papel preventivo, de acordo com o previsto no artigo 54 da Lei 8.884 (BRASIL, 1994), cabe ao Conselho, o exame dos atos de concentração econômica, especialmente a avaliação dos atos relacionados a fusão, incorporação, coalizão e associações de empresas que possam comprometer o mercado concorrencial, para

avaliar os seus efeitos, com vistas a evitar que tais atos de concentração possam criar prejuízos ou restrições à livre concorrência.

A incorporação ocorre quando uma ou várias empresas são absorvidas por outra, que sucede àquelas que foram incorporadas, com todos os direitos e obrigações. Na fusão ocorre a extinção das sociedades que se unem para formar uma nova sociedade, essa nova sociedade assume os direitos e obrigações das outras empresas que foram objeto da fusão. No caso da coalizão, ocorre uma aliança, um ajuste, entre empresas, que atuam em um mesmo segmento, para formalizar uma concorrência desleal na fixação de preços dos produtos ou serviços, visando ao aumento abusivo dos lucros. No caso de coligação de empresas, uma participa do capital da outra no percentual de 10% ou mais, sem ter o controle da coligada. Controlada é a situação em que uma empresa tem participação acionaria em outra que lhe assegura a preponderância nas deliberações daquela empresa e tem o poder de eleger os seus administradores. Esses atos caracterizam a concentração econômica, objeto de apreciação pelo CADE.

Em suas atribuições preventivas, tem o CADE a responsabilidade em analisar os efeitos dos atos de concentração econômica[182] (fusão, incorporação e outros), especialmente quando existe indícios de que esses atos ou negócios possam de algum modo criar restrições a livre concorrência. Assim, nos casos em que o ato de concentração econômica leva a um domínio de pelo menos 20 % (vinte por cento) do mercado relevante de bens ou serviços ou,

[182] **Atos de concentração econômica**: atos "que visam a qualquer forma de concentração econômica (horizontal, vertical ou conglomeração), seja através de fusão ou de incorporação de empresas, de constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação da empresa, ou do grupo de empresas resultante, igual ou superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais)". Definição em conformidade com o § 3º do artigo 54 da Lei 8.884/94 (Glossário da SEAE)

ainda, quando existe a evidência de faturamento bruto da ordem de R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões) de reais, no caso da concentração, cabe ao CADE, decidir pela procedência do negócio ou indeferir o procedimento através de restrições com vistas a assegurar a livre concorrência, podendo, ainda, de acordo com a lei, impor as empresas interessadas condições especificas de fazer ou não fazer, para que lhe seja concedida a aprovação do ato de concentração.

Sobre a questão do faturamento bruto anual quando da apreciação dos casos relacionados à concentração econômica, o CADE sumulou a seguinte decisão:

> Súmula n° 1 – Na aplicação do critério estabelecido no artigo 54, parágrafo 3º., da Lei n 8.884/94, é relevante o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupos de empresas participantes do ato de concentração.

Paralelamente, pode o CADE impor as empresas, como condição para aprovar o ato de fusão ou incorporação determinar a alienação total ou parcial dos ativos das empresas envolvidas naqueles atos, como, por exemplo, a venda de parte do setor produtivo, a alienação de marcas e patentes, ou mesmo modificações nos contratos sociais, tendo sempre como referencial a garantia da livre concorrência.

Além das atribuições de natureza preventiva dos atos de concentração econômica que possam comprometer o livre mercado, compete ao CADE, também, o papel repressivo àquelas condutas ditas anti-concorrenciais. São consideradas contrárias aos mecanismos da livre concorrência as condutas elencadas no artigo 20 da Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), bem como na Resolução nº. 20

do CADE. São consideradas práticas anti-concorrenciais objeto de controle por parte do CADE a formação de cartéis, as denominadas vendas casadas, a estipulação de preços predatórios, os denominados acordos de exclusividade, dentre outras.

Torna-se relevante destacar que a existência de monopólios e oligopólios, como estrutura concentrada de mercados, não são consideradas pela Lei antitruste como ilegais, cabendo aos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o acompanhamento, mais de perto, dos segmentos oligopolizados e monopólicos como forma de garantir que os setores não possam adotar práticas abusivas em seus mercados consumidores.

Consiste, o papel pedagógico do CADE, no sentido de difundir a cultura e informações sobre a concorrência. De acordo com o inciso XVIII, do artigo 7º. da Lei nº 8.884 (BRASIL,1994), o papel pedagógico do CADE consiste, essencialmente, em difundir a cultura da concorrência, por meio de parcerias com as Universidades, institutos de pesquisas, associações e órgãos do governo, para a realização de cursos, palestras, seminários e publicações especializadas, visando despertar o interesse acadêmico pela matéria e especialmente para a consolidação das regras antitrustes junto ao conjunto da sociedade para o benefício de todos.

O papel pedagógico dos órgãos que fazem o Sistema Brasileiro da Concorrência - SBDC, também denominado de 'advocacia da concorrência', refere-se especialmente a disseminação da 'cultura da concorrência', bem como na formulação de políticas que possam reforçar os mecanismos de mercado, incentivando, ao máximo, o mercado concorrencial, especificamente nos setores da economia vinculados a aviação civil, energia elétrica, telecomunicações, planos de saúde, construção civil, dentre outras atividades estratégicas.

O plenário do CADE[183] é composto por um Presidente e mais

[183] Sobre a competência do CADE veja nota no final do capítulo. Lei nº 8.884/94, art. 7º. – Compete ao Plenário do CADE.

6 (seis) conselheiros, todos indicados pelo Presidente da República, escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade, de notável saber jurídico e econômico, com ilibada reputação, os quais são sabatinados e aprovados pelo Senado Federal. O mandato é de dois (2) anos, quando é possível a recondução de uma única vez para o mesmo período de 2 (dois) anos. Os cargos de Presidente e de Conselheiros junto ao CADE são de dedicação exclusiva, sendo vedada aos mesmos o exercício de profissão liberal, o exercício de atividade político-partidária.

A escolha dos membros do CADE, como condições especiais uma vez que somente podem ser destituídos em condições excepcionais, oferece aos Conselheiros a autonomia suficiente para que possam atuar e decidir de forma independente quando estão julgando questões de alta relevância, de acentuado grau de tecnicidade e sob acirrada pressão política, dado os vultosos interesses financeiros envolvidos, para que se possa assegurar ao mercado condições de livre concorrência.

As decisões tomadas pelo Plenário do CADE serão realizadas pela maioria absoluta de seus membros, desde que estejam presentes pelo menos cinco conselheiros, não cabendo a revisão no âmbito do Poder Executivo, tendo execução imediata, competindo ao representante do Ministério Público adotar as medidas judiciais no âmbito de suas atribuições previstas na Constituição Federal. Do mesmo modo, o descumprimento de decisão do CADE será imediatamente comunicada ao Presidente do Conselho que determinará, à Procuradoria-Geral do CADE, que adote as providências para a execução judicial da medida.

Assim, o artigo 50 da Lei Antitruste prevê expressamente que as decisões tomadas pelo CADE não ficam sujeitas a revisões no âmbito do Poder Executivo, sendo essas decisões executadas de imediato. As decisões do CADE encontram-se sujeitas a revisão, por parte do Poder Judiciário, o qual deverá determinar o depósito judicial da multa aplicada pelo CADE, como condição de conceder medida liminar no processo administrativo, sob pena de ser, o Poder Judiciário, transformado em mera instância administrativa de

revisões das decisões adotadas pelo CADE.

As autoridades que fazem parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência podem se valer de ações de busca e apreensão com o objetivo de obter provas de condutas anti-concorrenciais praticadas por empresas ou grupos de empresas cartelizadas. As operações de buscas e apreensões, conhecidas como *daws raids* (que poderia ser traduzida como 'invasões no amanhecer') são realizadas em esforço conjunto da Secretaria do Direito Econômico do Ministério da Justiça com o Ministério Público e com a Polícia Federal para assegurar as investigações tanto no âmbito civil, como criminal em relação a formação de cartéis.

No Brasil a Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), em seu artigo 35, permite-se que a Secretaria de Direito Econômico – SDE possa realizar inspeções na sede de qualquer empresa investigada, desde que seja efetuada notificação prévia com prazo de 24 horas de antecedência. Acrescente-se que a Advocacia Geral da União pode requerer ao Poder Judiciário mandado de busca e apreensão, nesse caso, não existe a necessidade de aviso prévio.

Sobre esse tema, a Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em sede do Mandado de Segurança MS 10138/DF, julgou pela extinção da ação, sem o julgamento do mérito sob o fundamento de que não cabe recurso no âmbito da esfera administrativa da decisão do CADE, quando da interposição de recurso hierárquico interposto pelo representante do Ministério Público Federal ao Ministério da Justiça.

Importante destacar que, nos termos do artigo 60 da Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), as decisões do CADE, quando aplicam multa ou impõem a obrigação de fazer ou não fazer são títulos executivos extrajudiciais e a sua execução, quando se trata de cobrança de multa pecuniária, será cumprida no rito da Lei de Execuções Fiscais nº. 6.830 (BRASIL, 1980). Ademais, na forma do artigo 65 da Lei nº 8.884/94, qualquer ação que vise à desconstituição de decisão plenária do CADE, não suspenderá a sua execução, sem que haja a garantia do juízo.

Sobre a eficácia executiva das multas aplicadas pelo CADE, o Ministro Luiz Fux, do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no Recurso Especial RESp. 590960/DF definiu que a decisão plenária do CADE, quanto à imposição de multa, se constitui um título executivo extrajudicial.

Diz o ministro, em seu voto:

> A nova lei antitruste, no artigo 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo, cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial à decisão do CADE (RESp. 590960/DF – Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgamento 26-10-2004).

Em sua decisão, o Ministro Luiz Fux faz referência a Meirelles, quanto à similitude entre a decisão prolatada pelo plenário do CADE e uma decisão judicial, dada as especificidades da matéria:

> A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de Hely Lopes Meirelles, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no artigo 3º., como já salientado, conceitua o CADE como órgão judicante. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matérias especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que

de origem administrativa[184].

Ao lado do CADE funciona uma Procuradoria-Geral, cujo Procurador é indicado pelo Ministro de Estado da Justiça e nomeado pelo Presidente da República, dentre brasileiros de ilibada reputação e notório conhecimento jurídico, depois de aprovado pelo Senado Federal.

De acordo com o artigo 10 da Lei nº. 8.884 (BRASIL,1994), compete à Procuradoria prestar assessoria jurídica ao CADE e defendê-la em juízo, promover as execuções judiciais das decisões e julgados daquela Autarquia, bem como requerer, junto ao Poder Judiciário, medidas especificas para cessar práticas infrativas à 'Ordem Econômica', dentre outras atribuições. O Procurador-Geral do CADE tem participação assegurada nas reuniões do Conselho, sem direito a voto, aplicando-se ao Procurador-Geral as mesmas normas aplicáveis aos Conselheiros.

É de responsabilidade do Procurador-Geral do CADE a adoção de medidas judiciais cabíveis para assegurar a efetividade e a implantação das decisões adotadas pelo plenário do CADE. É relevante lembrar que as medidas que forem recomendadas pelo Conselho impõem a aplicação de multa pela infração à 'Ordem Econômica' e, ainda, a aplicação cumulativa de multa diária no caso de descumprimento da decisão daquela autarquia.

O Ministério Público Federal também tem atuação perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior do Ministério Público Federal, designa um membro do Ministério Público Federal para, nessa qualidade, oficiar nos processos sujeitos à apreciação do CADE.

[184] FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Lei de Proteção da Concorrência**. 2004, p. 312/313.

O Conselho poderá requerer, ao representante do Ministério Público Federal, que promova a execução de seus julgados ou do compromisso de cessação, bem como a adoção de medidas junto ao Poder Judiciário, para fazer cumprir os dispositivos da Lei nº. 8.884/94, anotando que o termo de compromisso de cessação da prática sob investigação, firmado pelo CADE constitui-se em título exclusivo extrajudicial. Acrescente-se que a execução das decisões do CADE poderá ser promovida na Justiça Federal do Distrito Federal ou, a critério do próprio CADE, no domicílio do executado.

O artigo 129 da Constituição Federal habilitou o representante do Ministério Público em toda e qualquer demanda que tenha o objetivo de defender o interesse e a defesa do patrimônio público, inclusive o de natureza histórica, cultural, urbanístico e ambiental, bem como para promover a defesa da 'Ordem Econômica', conforme prevê o artigo 1º. da Lei n 8.884/94 (BRASIL, 1994).

Constituem-se infrações a 'Ordem Econômica' os atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, associações de entidades, mesmo que tenham atividades sob o regime de monopólio, que possam produzir os seguintes efeitos, mesmo que seu objetivo não seja alcançado: a) limitar, falsear ou de qualquer modo prejudicar o livre mercado ou a livre concorrência; b) dominar mercados relevantes de bens e serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; c) exercer de forma abusiva posição dominante.

No que diz respeito ao controle da concentração econômica e à estrutura de mercado, disciplinado pelo artigo 54, da Lei n 8.884/94 (BRASIL, 1994), são analisados previamente os atos de fusões, aquisições, incorporações ou outros que possam causar efeitos que prejudiquem a concorrência no mercado competitivo.

Segundo o texto legal, a posição dominante do mercado ocorre quando uma empresa ou um grupo de empresas controla uma parcela significativa do mercado, presumindo-se a dominação do mercado quando esse controle atinge a 20% (vinte por cento) do

mercado relevante[185], ou ainda a critério do CADE, para setores específicos esse percentual pode ser diferente de 20% (vinte por cento), quer a empresa ou grupo de empresa atue como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto ou serviço ou em relação à tecnologia relacionada aquele produto ou serviço.

Portanto, a fusão ou a incorporação de empresas e grupos econômicos é objeto de avaliação e controle preventivo por parte do CADE, como forma de reprimir a dominação dos mercados, prejudicando a livre concorrência, podendo configurar situações concretas de dominação do mercado relevante de bens e serviços.

A fusão pode ser definida como a união de duas ou mais empresas, formando uma única grande empresa, geralmente sob o domínio e o controle acionário da maior empresa que participa do processo de fusão. Essa prática comum no mercado, via de regra, tem o objetivo de reduzir os custos da produção e leva a uma política de controle do mercado pela concentração econômica.

Por outro lado, a incorporação corresponde a uma aquisição de uma empresa por outras. Normalmente, ocorre pela aquisição do controle acionário. Pelo processo de incorporação, o mercado sofre uma concentração econômica, como forma de aumentar o poder de monopólio dos grupos empresariais envolvidos no procedimento, como forma de reduzir a concorrência. Não se confunde com a fusão, porque, nesse último caso, existe um acordo de vontade para o fim determinado, enquanto na incorporação a aquisição do controle acionário poderá, ou não, ser em comum acordo com as empresas envolvidas.

Na integração, tem-se o processo ocasionado pela fusão de duas ou mais empresas que operam na mesma atividade e com o

[185] **Mercado Relevante** tem uma definição complexa. Pode ser entendido como uma área geográfica ou uma delimitação territorial onde as empresas interessadas atuam na oferta e na procura de bens e serviços, apresentando características assemelhadas. Assim, o mercado relevante é aquele no qual, as empresas travam relações de concorrência, numa determinada área geográfica.

mesmo produto, levando a grande economia de escala, operando com um amplo sistema de comercialização, utilizando esse instrumento para diminuir a concorrência e conquistando maior parcela do mercado.

A constituição assegura a todos o direito de explorar qualquer atividade econômica, o que se encontra expresso na livre iniciativa e na livre concorrência, impondo a todos os agentes o dever de respeitar os princípios que regem o mercado. Assim, a lei proíbe a prática de ilícitos na concorrência. Diz-se que a prática da concorrência é ilícita quando proibida por lei, quer seja de natureza administrativa ou penal.

Existe diferença entre a concorrência ilícita e infração à 'Ordem Econômica'. No primeiro caso, a lesão atinge apenas as pessoas envolvidas naquela concorrência, também denominada de concorrência desleal. Diferentemente, na infração à 'Ordem Econômica' existe uma ameaça a todo o sistema econômico e, conseqüentemente, um universo maior de pessoas sofrem com aquela prática infracional, comprometendo toda a estrutura da economia, enquanto que na concorrência desleal, sua repercussão é limitada aos diretamente envolvidos. A lei antitruste não tem o condão de punir o poder econômico em si; o que a legislação antitruste coíbe é o abuso do poder econômico que ameaça ou que pode vir a comprometer a livre concorrência e o livre mercado.

A legislação antitruste deve prestigiar a livre concorrência como princípio fundamental da 'Ordem Econômica' enquanto a repressão ao abuso do poder econômico deve ser o instrumento para assegurar o mercado livre. O direito não pode reprimir o poder econômico que é inerente à economia de mercado, é lícito. O que a lei deve regular é a utilização desse poder econômico, para que ele não venha a ser utilizado como instrumento de dominação da economia, ou que venha a comprometer a estrutura do livre mercado e da livre iniciativa.

O abuso do poder econômico configura-se, quando se verifica o domínio do mercado, a eliminação da concorrência ou o aumento

arbitrário dos lucros. Desse modo, o abuso do poder econômico pode assumir várias formas como, por exemplo, a prática comercial para eliminação da concorrência, o açambarcamento (monopolização) dos mercados, no sentido de monopolizar e apropriar-se do mercado, o aumento arbitrário dos lucros pelo aumento excessivo de preços, a prática de preços predatórios, dentre outras formas de dominação do mercado.

A formação dos *trustes*[186] e de *cartéis*[187] consiste nas formas mais evidentes de abuso do poder econômico e violam os princípios elementares da livre concorrência e da livre iniciativa. O truste pode ser entendido como a imposição que grandes grupos econômicos estabelecem ao mercado, especialmente quanto a preços, fazendo com que se elimine a concorrência, quando todos devem seguir o paradigma estabelecido pela grande empresa. O cartel corresponde ao acordo ou à composição voluntária entre empresas para a prática de preços comuns, pela prática da equalização dos preços com o objetivo de evitar a concorrência.

Os cartéis também podem ser entendidos como um acordo, expresso ou não, entre empresas concorrentes que atuam no mesmo segmento de mercado de produto ou mercado geográfico,

[186] Hely Lopes Meirelles afirma que as formas mais usuais de dominação de mercados são os trustes e os cartéis, o truste "é a imposição das grandes empresas sobre os concorrentes menores visando afastá-los do mercado ou obrigá-los a concordar com a política de preços do maior vendedor. Cartel é a composição voluntária dos rivais sobre certos aspectos do negócio comum". (in Direito Administrativo Brasileiro, 29ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 618.

[187] **Cartéis**: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

tendo como objetivo uniformizar as práticas de comercialização dos seus produtos ou serviços, visando à unificação de preços, quantidades, condições de pagamento, de forma a neutralizar a concorrência naquele segmento cartelizado. Desse modo, a existência do cartel depende, basicamente, de dois elementos: a existência de um acordo, quer seja expresso ou tácito, que possa limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência.

Sobre a formação de cartéis em crimes contra a 'Ordem Econômica' o Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu que a competência para julgamento nos casos de comprovação de cartelização de atividades econômicas, será da Justiça Federal. Quando comprovado interesse em jogo, tem reflexo em vários Estados da Federação, com patente interesse supra-regional, mesmo que a conduta ilícita seja originária de um local determinado. Se restar comprovado que o crime sobrevindo da prática de cartel ofensivo à 'Ordem Econômica' teve reflexo apenas local, não se fazendo sentir em territórios distintos e em localidades diversas, a competência, nesse caso, é da Justiça Comum Estadual. A relevância para o caso é saber se os reflexos da prática de cartel foi local, ou se teve extensão em outros Estados-membros e em diversas localidades,entendimento firmado com o julgamento do HC 32292/RS, cujo relator foi o Min. José Arnaldo da Fonseca.

O artigo 20 da Lei 8.884 (BRASIL,1994) estabelece como infração a 'Ordem Econômica' os atos de qualquer natureza que, independente de culpa, apresentam o efeito, potencial ou real, de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, mesmo que o objetivo não seja alcançado.

> Artigo 20 – Constituem infração da 'Ordem Econômica'...
>
> I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa;

II – dominar mercados relevantes[188] de bens e serviços;

III - aumentar arbitrariamente lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa significa criar obstáculos totais ou parciais, por meio de determinadas práticas comerciais, à possibilidade de outras pessoas ingressarem no mercado, como a adoção da prática de preço predatório.

Falsear a livre concorrência ou a livre iniciativa tem o significado de ocultar, propositadamente, práticas restritivas do mercado, criando situações simuladas no mercado ou a realização de negócios simulados.

Finalmente, qualquer ato ou negócio realizado no mercado, que possa comprometer a livre concorrência e a livre iniciativa, se constitui um ato que se submete ao exame pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, operacionalizado pelo Ministério da Justiça por meio da Secretaria de Direito Econômico - SDE e do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, especialmente pela atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem a competência para processar e julgar na esfera administrativa as investigações e a instrução dos processos instaurados na forma da Lei de Defesa da 'Ordem Econômica', que são instruídos pela Secretaria de Direito Econômico, submetidos posteriormente ao

[188] "O mercado relevante constitui o espaço - em suas dimensões produto ou geográfica – no qual é razoável supor a possibilidade de abuso de posição dominante. O mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (ou, a menor área geográfica) no qual um suposto monopolista poderia manter seu preço acima do nível competitivo por um período significativo de tempo. (Resolução n° 20 do CADE).

Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para julgamento.

O denominado SBDC tem atribuições relacionadas ao controle das estruturas de mercado, com o objetivo de assegurar a livre concorrência, analisando as fusões, aquisições, formação de *joint ventures*[189] e outras operações que possam resultar em concentração econômica ou que, de qualquer forma, possam afetar a livre concorrência e o livre mercado, especialmente no que se refere a práticas que venham infringir a 'Ordem Econômica' nos termos da Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994).

O CADE, como Autarquia Especial, exerce funções de tribunal administrativo e, por sua vez, a SDE/MJ exerce o papel de principal órgão de investigação de práticas e condutas contrárias a concorrência, emitindo pareceres não vinculativos para exame do CADE e, finalmente, a SEAE emite pareceres econômicos, não tendo, também, natureza vinculativa, sobre operações relacionadas ao controle da concorrência.

Além das hipóteses elencadas no artigo 20 da Lei nº. 8.884 (BRASIL, 1894), caracterizam infração a 'Ordem Econômica' as condutas descritas no artigo 21 da mencionada lei, dentre as quais se destacam: a fixação e a prática de preços e condições de vendas de bens ou prestação de serviços, em acordo com os demais concorrentes, bem como a adoção de condutas comerciais uniformes, fato que caracteriza a formação de cartel; impedir o acesso de concorrentes a fontes de insumos, utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços, vender injustificadamente mercadorias abaixo do preço de custos, o que se denomina de preços predatórios, combinar previamente preços na concorrência pública ou administrativa, açambarcar, no sentido de apropriar-se, de matérias-primas, produtos intermediários ou

[189] Pode ser definido como a associação de duas ou mais empresas que se unem para formar uma terceira empresa (nova empresa) sob o controle comum das duas empresas originarias, que tem como objetivo a participação em um outro mercado diferente daquele onde as empresas originarias tem participação.

acabados impedido o acesso de empresas concorrentes, dentre outras.

O principal objeto da Lei nº 8 884, de 11 de junho de 1994 (BRASIL, 1994), conhecida como lei antitruste ou lei da defesa da concorrência, é, exatamente, prevenir e reprimir as infrações contra a 'Ordem Econômica', sob o fundamento dos princípios constitucionais da 'Ordem Econômica' especialmente quanto à liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Com o fulcro de proteger os interesses da coletividade, como titular única dos bens jurídicos protegidos pela lei da defesa da 'Ordem Econômica', todo e qualquer ato que possa limitar ou, de qualquer modo, prejudicar a livre concorrência, resultando na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, ou, ainda, que de qualquer forma apresente efeitos anti-concorrenciais ou de qualquer ato de concentração econômica é objeto das sanções previstas na Lei antitruste.

A lei antitruste visa, também, proteger a livre iniciativa e a livre concorrência, dentro de uma perspectiva de modernização da economia brasileira, considerando a inserção da economia nacional em mercados internacionais, estando voltada para aquelas condutas infrativas de forma a assegurar o perfeito funcionamento do mercado sob a ótica da concorrência.

Torna-se imprescindível destacar que, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, a Lei antitruste se aplica às práticas anti-concorrenciais que forem cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

Desse modo, são consideradas situadas no Território Nacional, a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou

representante.

Sobre o tema, Martinez afirma que a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira tem, explicitamente em sua aplicação, o princípio da extraterritorialidade. Segundo Martinez, o *caput* do artigo 2º. prevê a aplicação expressa do conceito de extraterritorialidade. Para a autora citada:

> Uma análise do *caput* do artigo 2º. nos leva a conclusão de que o legislador optou por adotar expressamente duas teorias para justificar o exercício da jurisdição extraterritorial do Estado. A primeira tem por base o princípio da territorialidade, contemplada no trecho referente as práticas cometidas no todo ou em parte do território nacional, e, a segunda, tem por base o princípio dos efeitos territoriais que podem ser potenciais ou reais, contemplado no trecho ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.[190]

A Lei Antitruste ou Lei de Defesa da Concorrência se aplica, também, em relação às pessoas físicas ou quanto às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Portanto, a lei de defesa da concorrência não só se aplica às empresas, pois as mais variadas formas de infração da 'Ordem Econômica' atingem, não só a pessoa jurídica, mas também leva a responsabilidade aos dirigentes ou administradores das

[190] MARTINEZ, Ana Paula. *Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectiva.* **Revista de Direito Internacional e Econômico.** INCE. Ano II, nº 10, jan-mar/2005. p. 66-91, p. 80.

empresas, que respondem solidariamente quando da prática de infrações da 'Ordem Econômica', de acordo com a Lei.

Consequentemente, na forma da Lei, serão solidariamente responsáveis todas as empresas ou entidades outras integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da 'Ordem Econômica'. A personalidade jurídica da sociedade poderá ser desconsiderada quando houver, da sua parte, abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. Será, ainda, desconsiderada a personalidade quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Em qualquer hipótese, serão responsabilizadas as pessoas físicas. A repressão não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

O Ministério Público, como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, tem entre as suas incumbências a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme preceitua o artigo 127, da Constituição Federal(BRASIL,1988).

A Constituição ampliou de forma significativa as funções atribuídas à instituição ministerial, transformando o Ministério Público em um órgão defensor da sociedade, especialmente quanto ao seu papel institucional de fiscal da lei, inclusive atribuindo-lhe a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A Ação Civil Pública – ACP, disciplinada pela Lei nº. 7.347 (BRASIL, 1985), é um importante instrumento processual que dispõe o Ministério Público para o controle de atos dos poderes públicos, fixando a responsabilidade por atos que venham a causar prejuízos ao interesse coletivo. A Lei da Ação Civil Pública tem natureza essencialmente repressiva, visando à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, com a intenção de reprimir a lesão aos interesses da sociedade, relacionados ao

patrimônio público e social, ao meio ambiente, à defesa do consumidor e impedir a lesão aos interesses difusos e coletivos.

A Ação Civil Pública ainda se constitui em um importante instrumento para o controle das infrações da 'Ordem Econômica', de acordo com a Lei 8.884 (BRASIL, 1994), que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em autarquia, dispondo sobre a prevenção e repressão quanto às infrações cometidas contra a 'Ordem Econômica', sendo a Ação Civil Pública um instrumento para garantir a efetividade da Lei Antitruste.

A ACP que se encontra disciplinada pela Lei n° 7.347 (BRASIL, 1985) é também relevante para reprimir ou impedir a prática de infrações contra a 'Ordem Econômica', protegendo, dessa forma, os interesses difusos da sociedade, não podendo ser utilizada como forma de proteger direitos individuais, nem para a reparação de prejuízos causados a pessoa individualizada.

O novo texto legal assegura que as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, causados por infrações da 'Ordem Econômica', serão disciplinados pela mencionada lei, inclusive quanto à tutela da 'Ordem Econômica' e da livre concorrência.

Pelo artigo 1º. da Lei n° 7.347/85 (BRASIL, 1985) que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens de valor artístico, estético, histórico, turístico, a infração da 'Ordem Econômica' e da economia popular são, da mesma forma, tuteladas no mencionado dispositivo legal. O Ministério Público, se não for parte no processo, necessariamente atuará como fiscal da lei na ação civil pública. Relevante lembrar que a legitimidade para interpor a Ação Civil Pública é também atribuída aos membros da Defensoria Pública.

Indiscutivelmente, teve-se uma ampliação do âmbito para a utilização da denominada ação civil pública, que passa a ser

instrumento para a defesa dos direitos individuais, difusos ou coletivos na 'Ordem Econômica'.

Com a abertura da economia, no processo de globalização, e as práticas abusivas perpetradas pela concorrência desleal e outras formas de abuso do poder econômico, como o *dumping*, a ação civil pública aparece como um importante instrumento para a defesa do mercado, mais especificamente, para a defesa do consumidor, para assegurar a concorrência e para a proteção do mercado e da livre iniciativa.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu favoravelmente ao pedido do Ministério Público, numa ação civil pública contra as cooperativas médicas que vinham adotando práticas de normas proibitivas aos seus cooperados de trabalharem junto a outros estabelecimentos prestadores de serviço na área de saúde. Na decisão o Tribunal entendeu que se tratava de abuso do poder econômico, devidamente caracterizado, com prejuízos evidentes para o mercado de consumo e para a liberdade de iniciativa dos médicos cooperados. Essa decisão torna-se emblemática para o ajuizamento da ação civil pública em matéria relacionada à infração a 'Ordem Econômica'.

Acrescente-se que a ausência de decisão judicial em ação civil pública, sobre matérias relativas as infrações à 'Ordem Econômica', não impede o andamento dos procedimentos administrativos relacionado ao mesmo fato, no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Nos termos do que prevê o artigo 54, da Lei nº. 8.884 (BRASIL, 1994), mais especificamente os atos de incorporação ou fusão de empresas que, de qualquer forma, possam vir a limitar ou mesmo a prejudicar as condições do livre mercado e da livre concorrência, como pressuposto essencial do princípio da livre iniciativa, ou de algum modo resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, devem, necessariamente, ser submetidos à apreciação do CADE e poderão ser autorizados por aquela Autarquia, desde que atendam às condições previstas nos

incisos I a IV do § 1º do mencionado artigo 54.

Seguindo esse entendimento, o Tribunal Regional Federal da 1ª. Região confirmou a decisão do CADE quanto à aplicação de multa em desfavor da Empresa Brasileira de Aeronáutica – EMBRAER, em 180.000 Ufirs, por ter sido intempestivo, na apresentação, o ato de concentração, referente à aquisição de 20% do capital votante da EMBRAER por empresas francesas que atuam no mesmo setor, uma vez que a Lei n 8.884 (BRASIL, 1994) dispõe que o ato de concentração deve ser submetido à apreciação do CADE em até 15 dias úteis a partir de sua realização. A empresa brasileira somente apresentou a operação ao CADE após a realização de compra das ações pelas empresas francesas.

O conceito de mercado é complexo, pelo significado abstrato que representa. Pode ser entendido como um ponto de convergência entre compradores e vendedores dentro de um determinado espaço geográfico.

O entendimento sobre o significado de mercado relevante remete ao entendimento de dois conceitos: mercado relevante de produtos e mercado relevante geográfico. No primeiro caso – mercado relevante de produtos – tem-se uma estrutura mercadológica que compreende todos os produtos e serviços que são substituíveis entre si pelo consumidor, considerando as suas características físicas, técnicas, de utilização, de preços e de comercialização, produtos ou serviços que atingem o mesmo mercado consumidor.

O mercado relevante geográfico tem a dimensão de uma área especifica na qual as empresas ofertam os seus produtos e serviços em condições de concorrência uma com as outras, cujos produtos ou serviços são homogêneos em termos de qualidade, técnica, preços e preferência dos consumidores, atingindo apenas as empresas que atuam naquela área específica, quando a conduta de uma empresa influencia na demanda das outras, que se situam geograficamente naquele mercado.

A acentuada expansão do mercado eletrônico, por meio da *internet,* vem causando um forte impacto na concorrência e nas estruturas do mercado relevante geográfico.

Os atos de concentração econômica, horizontal ou vertical, objeto de exame por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, são aqueles relacionados à fusão, incorporação, constituição de empresas e outras práticas que impliquem na formação de agrupamento societário e que constitua um controle superior a 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou, ainda, que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual equivalente a R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), de acordo com o que preceitua o artigo 54 da Lei nº 8.884/94 (BRASIL, 1994).

Desse modo, incluem-se nos atos de concentração econômica, vertical ou horizontal, aqueles que visem, de qualquer forma, à concentração econômica, por meio de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas, ou qualquer por forma de agrupamento societário que conduza à dominação do mercado.

Tem-se uma concentração ou integração vertical, quando uma empresa opera como vendedora no mercado de matéria prima de outra empresa, mesmo diante da inexistência de relações comerciais entre ambas ou quando a operação envolve empresas diferentes que integram a mesma cadeia produtiva.

Ocorre uma concentração horizontal, quando duas ou mais empresas atuam no mesmo mercado consumidor, vendendo produtos similares ou substitutos próximos ou, ainda, quando duas ou mais empresas atuam no mesmo mercado como compradoras. A concentração horizontal envolve empresas diferentes que são concorrentes entre si e atuam em um mesmo mercado relevante.

Prado [191] explica que a integração das empresas no mercado concorrencial pode se concretizar de duas formas: pela integração vertical e horizontal. Para o autor citado, a integração horizontal caracteriza-se por um processo de fusão de duas ou mais empresas que atuam no mesmo segmento de mercado e utilizam a mesma matéria-prima, embora não participem do processo de fabricação do mesmo produto.

Assim, na integração horizontal,

> Permite-se que elas ganhem em termos de economia de escala, contem com maior poder econômico, operem com um sistema mais amplo de revendedores, e em última instância, diminuam a concorrência, conquistando faixas maiores de mercado. [192]

Prado continua com sua linha de argumentação explicando que:

Na integração vertical existe a atuação de uma empresa em mais de um estágio do processo produtivo, o tipo mais abrangente de verticalização ou de integração vertical é o da empresa que controla desde a produção de matéria-prima até a confecção final do produto.

De acordo com a previsão legal, incluem-se nos atos de concentração econômica, previstos no *caput* do Artigo 54, aqueles que, nos atos de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer

[191] PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Econômico: 'Ordem Econômica', relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. São Paulo: ERT, 2007, p. 55.

[192] PRADO, op. cit. p. 55.

forma de agrupamento societário, que possa conduzir a participação de empresas ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante ou, ainda, diz-se que há concentração econômica quando qualquer dos participantes tenha apresentado um faturamento bruto anual, no último balanço, da ordem de R$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

Qualquer ato de fusão ou incorporação de empresas, que possa conduzir a mencionada concentração econômica, deverá ser apresentado e encaminhado imediatamente para exame à SDE - Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a qual deverá comunicar ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, bem como à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE. A comunicação prévia a SDE deverá ocorrer no prazo máximo de 15 dias, antes da efetivação do ato constitutivo da operação.

No caso da não observância por parte da empresa quanto a comunicação prévia de apresentação dos documentos à SDE a empresa responsável pelo ato sofrerá punição com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de UFIR, a ser aplicada pelo CADE, além de instauração do competente processo administrativo, nos termos do Artigo 32, da mencionada lei antitruste.

Atente-se para o fato de que, se o CADE não examinar os atos de concentração econômica no prazo de 60 (sessenta dias) dias, aqueles atos (fusão, incorporação, coalizão, integração vertical ou horizontal e outros) serão automaticamente considerados aprovados e sua eficácia retroagirá à data em que o ato foi realizado.

Ainda de acordo com a previsão constante do § 9º do artigo 54 da Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), nos casos em que os atos de concentração não forem realizados sob condição suspensiva ou se já tiverem ocorrido efeitos perante terceiros, o CADE, se for o caso de não aprovação por efeitos nocivos a concorrência, determinará as providências necessárias para que sejam desconstituídos os atos de

concentração, com efeito total ou parcial, por meio de distrato, cisão, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro meio necessário para eliminar os efeitos nocivos ao mercado concorrencial.

O ato de aprovação de concentração empresarial aprovado pelo CADE, nos termos do disposto no artigo 55, poderá ser revisto, de ofício ou mediante provocação da SDE, no caso de aprovação fundada em informações falsas ou enganosas prestadas pela empresa, no caso de descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas.

Entendendo ser ato de concentração econômica horizontal, cujo mercado relevante era todo o território nacional, que a operação causaria grave prejuízo para o mercado e para a concorrência no setor de chocolates e achocolatados, o CADE julgou pela não aprovação do ato de concentração envolvendo a aquisição da totalidade do capital social da empresa de chocolates Garoto S/A pela Nestlé do Brasil Ltda, sob o argumento de que a operação levaria a um elevado grau de concentração do setor, além de reduzir significativamente a concorrência no mercado dos produtos ofertados pela Garoto e pela Nestlé, nos termos do artigo 54, parágrafo 3º. da Lei n 8.884 (BRASIL, 1994).

A Lei Antitruste prevê a formulação do denominado Compromisso de Desempenho[193], que consiste em estabelecer o cumprimento de obrigações definidas pelo CADE, de modo a assegurar aquelas condições que forem estabelecidas no § 1º do artigo 54 da Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994). Com o objetivo de definir as regras do Compromisso de Desempenho deve ser considerado o grau de exposição do setor à competição internacional e as mudanças que ocasionará no nível de emprego.

[193] Acordo firmado com o Plenário do CADE com interessados que venham a submeter os atos para exame na forma do art. 54, da Lei n 8.884/94, de modo a assegurar o cumprimento de condições estabelecidas em relação as metas qualitativas e quantitativas em prazo previamente definidos cujo cumprimento e acompanhando e realizado pela SDE.

Ao submeter o Compromisso de Desempenho à apreciação do CADE, o interessado deverá, em seu pedido, firmar as metas qualitativas e quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento a SDE acompanhará. O seu descumprimento acarretará a revogação da aprovação do CADE, com base no § 3° do Artigo 58 c/c o Artigo 55, e a instauração de processo administrativo para a adoção de medidas cabíveis.

O CADE aprovou a criação da AmBev, praticamente sem restrições, caso que ficou conhecido como 'guerra das cervejas', quando foi autorizada a incorporação da Antártica pela Brahma. Para aprovar a fusão o Conselho, determinou a venda da marca Bavária e de cinco outras fábricas para um único comprador, que tenha participação no mercado de cervejas na ordem de 5% do mercado. Por ter participação acima do percentual estabelecido pelo CADE, as fábricas de cervejas Kaiser e Schincariol não participaram da aquisição do acervo determinado pelo CADE. A AmBev continuou com a marca Skol, mantendo a mesma rede de distribuição.

Segundo o entendimento do CADE as restrições impostas às empresas protegem a competitividade no seu mercado, garantindo a expansão de novos empreendimentos no setor. Esse ponto de vista não foi compartilhado por vários segmentos do setor que entendiam que a incorporação das duas (Antártica e Brahma) conduziria a uma violação ao mercado e a livre concorrência, mesmo com as restrições que foram impostas pelo CADE.

Foi também autorizada pelo CADE a criação de uma *joint venture* entre a AmBev e a Souza Cruz, denominada de Agrega, que tem como objetivo a atuação na prestação de serviços de compras de materiais via Internet. Sob o argumento de que a nova empresa não teria participação suficiente para definir posição no mercado examinado, compra de materiais não relacionados com a atividade fim das empresas instituidoras da *joint venture*, bem como não representa potencial de exercício de poder de mercado nas compras dos produtos, foi aprovada sem restrições a formação da *joint venture*.

O caso AmBev, o caso AmBev/Souza Cruz, bem como o Nestlé/Garoto representam exemplos de marcos emblemáticos e importantes na intervenção do Estado no mercado e em defesa da livre concorrência, demonstrando a relevância que apresenta o SBDC na defesa e consolidação do mercado concorrencial brasileiro.

A Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), em seu artigo 21 relaciona as principais práticas verticais de restrição, quais sejam: limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV); criar dificuldades ao funcionamento de empresa (inciso V); conceder ou exigir exclusividade para propaganda publicitária (inciso VII); regular mercados de bens ou serviços (inciso X); fixar preço de revenda (inciso XI); discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços (inciso XII); recusar a venda de bens ou a prestação de serviços (inciso XIII); dificultar ou romper relações comerciais (inciso XIV); subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem[194].

Esse último caso é o que se denomina comumente da 'venda casada'; nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor prevê a liberdade de escolha do consumidor em suas contratações (artigo 6º., inciso II, do CDC), sofrendo vedação expressa a proibição de o fornecedor, considerando a sua superioridade quando da relação de consumo, opondo-se à possibilidade de escolha do consumidor de produto ou serviço vinculando à aquisição de um produto ou serviço a outros de qualquer natureza, considerada como cláusula abusiva na legislação consumerista.

[194] **Venda casada**: prática comercial que consiste em vender determinado produto ou serviço somente se o comprador estiver disposto a adquirir outro produto ou serviço da mesma empresa. Em geral, o primeiro produto é algo sem similar no mercado, enquanto o segundo é um produto com numerosos concorrentes, de igual, ou melhor qualidade. Desta forma, a empresa consegue estender o monopólio (existente em relação ao primeiro produto) a um produto com vários similares. A mesma prática pode ser adotada na venda de produtos com grande procura, condicionada à venda de outros de demanda inferior. (Glossário SEAE)

Da mesma forma, encontram-se relacionadas às práticas horizontais de restrições: limitar ou impedir acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV); criar dificuldades ao funcionamento e ao desenvolvimento de empresa (inciso V); impedir o acesso de concorrente às fontes de insumos, matérias-primas etc. (inciso VI); regular mercados de bens ou serviços (inciso X);. impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia (inciso XVI); destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo (inciso XVII); praticar preços abaixo de custo de produção ou de prestação de serviços (inciso XVIII); praticar *dumping*[195] (inciso XIX); promover a retenção de bens de produção ou de consumo (inciso XXII).

Uma das condutas mais comuns, relativas à prática de dominação de mercado, é o que na doutrina se denomina de preços predatórios. Nesses casos, o empresário produtor assume o prejuízo de praticar um preço abaixo daquele praticado pelo mercado, com o objetivo de eliminar a concorrência. Em um segundo momento, o produtor assume uma condição de dominação do mercado, com a eliminação da concorrência e passa a definir o preço do seu produto em níveis mais elevados do que era praticado em momento anterior.

No caso da disputa envolvendo duas grandes redes de farmácias e drogarias que atuam no mercado metropolitano de Fortaleza-CE, quanto à prática de preços predatórios por uma das empresas que oferecia descontos em preços de medicamentos acima de 20%, portanto, em tese, a conduta da farmácia estaria infringindo o artigo 20, inciso I e IV, com a prática de preços predatórios. Conforme representação formulada pelo Ministério Público do Estado do Ceará, o CADE decidiu pelo arquivamento do processo, por falta de dados suficientes para comprovar a conduta ilícita da farmácia.

[195] *Dumping* pode ser definido como a prática segundo a qual o preço do produto exportado para um determinado país for menor do que o preço do produto similar praticado no país de origem, ou o preço praticado for menor do que o custo de produção e de venda do produto.

São consideradas práticas colusórias[196], de acordo com a Lei Antitruste: fixar preços de aquisição ou revenda (inciso I); dividir mercados de bens ou serviços (inciso III); combinar ou ajustar vantagens em concorrência pública ou administrativa (inciso VIII).

Também se pode inferir, a partir da Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), as seguintes práticas cartelizadoras[197]: fixar preços de aquisição ou revenda (inciso I); influenciar conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrente (inciso II); provocar a oscilação de preços (inciso IX); regular os mercados de bens ou serviços (inciso X); discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços (inciso XII); impor preços excessivos (inciso XXIV).

As práticas abusivas que se caracterizam pela posição dominante no mercado são as que se seguem: destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo (inciso XVII); interromper ou reduzir em grande escala a produção (inciso XX); cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa (inciso XXI); promover a retenção de bens de produção ou de consumo (inciso XXII); impor preços excessivos (inciso XXIV).

De acordo com o artigo 23 da Lei antitruste, os responsáveis por condutas que levem à prática de infrações contra a 'Ordem Econômica' ficam sujeitos às seguintes penas: I) Se for empresa, pagamento de multa correspondente a percentual de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto, valor obtido no último exercício,

[196] Ajuste secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiros; conluio.

[197] (Prática de) Cartel**:** acordos ou práticas concertadas entre concorrentes para a fixação de preços, a divisão de mercados, o estabelecimento de quotas ou a restrição da produção e a adoção de posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis "clássicos", por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta, de um lado, e nenhum benefício econômico compensatório, de outro, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anti-concorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à 'Ordem Econômica' existente (Glossário produzido pela SEAE/MJ).

observando que o valor não pode ser inferior a vantagem que foi auferida; II) No caso do administrador que seja responsável direta ou indiretamente pela infração que foi cometida pela empresa, o valor da multa variável entre 10 (dez) e cinqüenta por cento (50%) do valor da multa aplicada a empresa e III) No caso de não ser possível utilizar-se do critério quanto ao faturamento bruto, a multa será aplicada entre 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (UFIR), finalmente, nos casos de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro.

Considerando-se a gravidade da conduta da empresa, além das penas pecuniárias, se a prática for considerada grave ou ferir aos interesses públicos, o CADE poderá aplicar outras sanções de forma isolada ou de forma cumulativa, como por exemplo, a publicação em jornais indicados pelo CADE, em meia página, a expensas da empresa infratora, do extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas.

Fica a empresa infratora proibida de contratar empréstimos com as instituições financeiras oficiais, bem como de participar de processo licitatório junto a Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal, não podendo contratar com entidades da administração pública indireta pelo período de até 5 (cinco) anos.

No mesmo sentido, a Lei n° 8.137 (BRASIL, 1990), em seu artigo 4º. dispõe que constituem crime contra a 'Ordem Econômica', as seguintes condutas: abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando total ou parcialmente a concorrência mediante o ajuste ou acordo de empresas, aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos, a coalizão, incorporação, fusão, integração de empresas, cessação parcial ou total das atividades da empresa, o impedimento a constituição, funcionamento ou o desenvolvimento de empresas concorrente.

Constituem crimes contra a 'Ordem Econômica' ainda, de acordo com a Lei n° 8.137 (BRASIL, 1990), a formação de acordo convênios, ajustes ou alianças entre empresas fornecedoras, que

tenham como objetivo a fixação artificial de preços ou de quantidades vendidas ou produzidas, o controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas, o controle da rede de distribuição ou de outros fornecedores, em detrimento da concorrência, vender mercadorias com o preço abaixo do preço de custo com o objetivo de impedir a concorrência, elevar o preço do bem ou do serviço, valendo-se da posição dominante, sem justa causa para a elevação dos preços.

Quando da infração à 'Ordem Econômica', pode o CADE determinar a cisão (separação) de sociedades, a transferência do controle acionário, a venda de ativos da empresa infratora, cessação parcial da atividade empresarial, ou qualquer outra providência, reconhecida pelo CADE, que seja necessária para eliminar os efeitos nocivos de determinada prática que possa infringir a 'Ordem Econômica', comprometendo o mercado e a concorrência.

No caso de a empresa se recusar, omitir, retardar injustificadamente a entrega de informações ou documentos que sejam solicitados pelas entidades responsáveis pela defesa da concorrência (CADE, SDE, SEAE) ou qualquer outra entidade responsável pela aplicação da lei de defesa da concorrência, pode ser aplicada multa diária correspondente a cinco mil (5.000) Ufirs, podendo, como forma de garantir a eficácia da medida, ser aumentada em até vinte (20) vezes, observando a situação econômica da empresa infratora.

Quando da aplicação das penas previstas na Lei nº 8.884 (BRASIL, 1994), devem ser levados em consideração os seguintes aspectos: a) a gravidade da infração cometida; b) a boa-fé do infrator; c) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; d) o grau de lesão, ou o perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; e) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; f) a situação econômica do infrator e g) a reincidência.

A lei de defesa da concorrência prevê uma possibilidade de redução das penas para as pessoas infratoras a 'Ordem Econômica'

que se apresentam de forma espontâneas as autoridades do SBDC, através do denominado Acordo de Leniência. Assim, de acordo com a Lei n 10.149/2000, regulamentada pela Portaria MJ 849/2000, aqueles que colaborarem com o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, identificando os demais agentes autores da infração econômica, podem ser excluídos ou parcialmente beneficiados no processo administrativo que apura as infrações ou, ainda, ter reduzida a pena pecuniária entre um a dois terços, assegurado o benéfico na esfera penal, extinguindo a punibilidade do agente quanto às infrações a 'Ordem Econômica'.

O Acordo de Leniência é firmado com a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico - SDE, não se sujeitando à aprovação pelo CADE, cabendo ao Conselho, quando do julgamento do processo, verificar o cumprimento do mencionado acordo. A celebração do acordo impede o oferecimento da denúncia por parte do representante do Ministério Público e suspende o curso do prazo prescricional.

Os crimes contra a 'Ordem Econômica' passam a ser julgados pela Justiça Federal ou Estadual, na medida em que os efeitos da prática infracional apresentam seus resultados dentro de um Estado-membro ou extrapolam a territorialidade de um determinado Estado, com interesse supra-regional. Assim entendeu o Superior Tribunal de justiça no HC 32292/RS, cuja relatoria foi do Ministro José Arnaldo da Fonseca.

CRIME CONTRA A 'ORDEM ECONÔMICA'. CARTELIZACAO. Lei 8.137/90. COMPETÊNCIA. INTERESSE NACIONAL. RESTRICAO A ATIVIDADE PROFISSIONAL EM VARIOS ESTADOS. COMPETÊNCIA JUSTIÇA FEDERAL

Inexistindo determinação expressa, os crimes contra a 'Ordem Econômica', previstos na Lei 8.137 (BRASIL, 1990), reclamam a jurisdição estadual ou federal na medida em que restar comprovado o interesse em jogo, se local ou se nacional. *In casu*, ante a figura do crime sobrevindo da prática de cartel, onde a atuação do agente teve reflexo em vários estados-membros, restringindo o livre

exercício da atividade profissional de transportadores no âmbito do território brasileiro, resta patente o interesse supra-regional pelo qual se firma a necessidade de interferência da União e a competência da Justiça Federal.

9.1 Processo e procedimento Administrativo no âmbito do SBDC

O processo administrativo no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC pode ser iniciado pela Secretaria de Direito Econômico por investigação preliminar para que possa ser apurada a suposta prática de infração contra a 'Ordem Econômica'. A averiguação preliminar, por parte da SDE, tanto pode ser de iniciativa da própria Secretaria (*ex–officio*) como pode ser motivada a partir de representação de qualquer pessoa interessada, desde que os indícios de infração contra a 'Ordem Econômica' não sejam suficientes para a instauração de imediato de processo administrativo.

Diante dos indícios suficientes de infração à 'Ordem Econômica' a Secretaria de Direito Econômico poderá instaurar processo administrativo contra a empresa ou grupo de empresas responsáveis pelas infrações. De qualquer modo, a SDE poderá promover a averiguação Preliminar com o objetivo de obter informações e dados em relação aquela prática que está sendo investigada e que pode, de algum modo, estar atingindo a concorrência no mercado competitivo, ou que o ato seja contrário ao instituto da livre iniciativa.

Quando do procedimento de averiguações preliminares a SDE entender necessário, poderá adotar as seguintes medidas: a) requerer a busca e apreensão de objetos, papéis, livros, computadores, arquivos, ou outros documentos necessários a

investigação, através da Advocacia Geral da União (AGU), sendo, nesse caso, inexigível a propositura de ação principal; b) A SDE, representando a União, poderá firmar o denominado acordo de leniência (brandura, suavização) com a extinção da ação punitiva da administração pública ou ainda com a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, desde que a empresa investigada colabore, efetivamente, com as investigações e c) a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Após a instauração do Processo Administrativo, as pessoas objeto da investigação serão notificadas para que possam apresentar a sua defesa no prazo de quinze (15) dias. Decorrido o prazo para a defesa, terá início a instrução processual com a realização de diligências e formação de provas. Após o procedimento instrutório, as empresas investigadas serão intimadas para apresentar as suas alegações finais, logo, então, serão os autos encaminhados para o CADE. Em seguida, a SDE apresenta ao CADE parecer final sugerindo a condenação da empresa ou grupo de empresas por infração a 'Ordem Econômica' nos termos do artigo 23 e 24 da Lei n 8.884 (BRASIL, 1994), que prevê a prática de infrações à 'Ordem Econômica', ao pagamento de multa correspondente a um valor entre um e trinta por cento do valor do faturamento bruto apresentado no último exercício, excluídos, obviamente, os impostos ou, no caso do administrador responsável pela infração cometida, a multa entre dez e cinqüenta por cento em relação ao valor da multa aplicada à empresa e, nos demais casos previstos naquele dispositivo legal, a multa entre 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Ufirs. Vale lembrar que, no caso de reincidência, as multas serão aplicadas em dobro.

Quando o fato for considerado grave, ou em caso em que o interesse público assim o exigir, além das multas pecuniárias elencadas no artigo 23 da lei antitruste, poderá o CADE aplicar cumulativamente as penas relacionadas no artigo 24: na publicação em jornal, de extrato da decisão condenatória, a expensas do infrator; proibição de contratar com as instituições financeiras oficiais, bem como de participar de licitações junto a Administração

Pública Federal, Estadual e Municipal e do Distrito Federal; a cisão da sociedade, a transferência do controle acionário, a venda de ativos, bem como qualquer providencia necessária para eliminar os efeitos nocivos à 'Ordem Econômica'.

Não obstante, a SDE pode entender que não houve violação aos dispositivos da lei de defesa da concorrência e determinar o arquivamento do processo administrativo. Nesse caso, necessariamente, o CADE deverá se manifestar sobre o parecer emitido pela SDE. Entretanto, não cabe recurso administrativo para as decisões proferidas pelo Secretário da SDE, conforme prevê o artigo 41 da lei antitruste.

A lei determina que todas as autoridades federais, diretores de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista são obrigados a atender e prestar toda assistência e colaboração com o CADE e SDE. Observa-se que a lei não faz referência a SEAE, inclusive quanto à elaboração de pareceres técnicos sobre matéria de competência dessas entidades.

No caso de oitiva de testemunhas arroladas pela empresa representada junto a SDE, a lei estabelece o Máximo de três pessoas, desde que requerido ao Secretário da SDE para que seja designado dia e hora e local para a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa da empresa, ou grupo empresarial representado.

A participação da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE órgão do Ministério da Fazenda consiste em emitir parecer sobre as matérias de sua especialidade, o qual deve ser encaminhado antes de concluída à instrução do processo administrativo, para a SDE. Ressalta-se que a lei faz referência expressa ao fato de que a SEAE será informada por ofício, quando da instauração do processo administrativo e se quiser poderá emitir parecer, sendo facultativa a manifestação da SEAE.

É importante que seja registrado que, além de apreciar os atos de concentração econômica entre empresas e reprimir as

práticas anti-concorrenciais, a SEAE, acompanha os preços da economia, para subsidiar as ações do governo em matéria de reajuste e revisões de tarifas públicas. A competência[198] da SEAE em termos de concorrência encontra-se delimitada em três aspectos, previsto no Decreto n° 6102/2006: a) delinear, coordenar e executar as ações do Ministério da Fazenda no que se refere a regulação dos mercados, de concorrência e de defesa da ordem econômica; b) em articulação com os demais órgãos do Governo encarregados de garantir a defesa da concorrência, assegurando a defesa da ordem econômica; c) emitindo pareceres econômicos relacionados aos atos de concentração, procedendo a análise econômica de práticas e condutas limitadoras da concorrência, realizando investigações de atos ou condutas limitadores da concorrência.

Competência do CADE de acordo com o artigo 7º. da Lei nº. 8.884 (BRASIL, 1994)**:**

> **Artigo 7º** Compete ao Plenário do CADE:
>
> I – zelar pela observância desta Lei e seu Regulamento e do Regimento Interno do Conselho;
>
> II – decidir sobre a existência de infração à 'Ordem Econômica' e aplicar as penalidades previstas na lei;
>
> III – decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;
>
> Artigo 14, VIII, desta Lei.
>
> IV – decidir os recursos de ofício do Secretário da SDE;
>
> Artigos 14, VII, 31 e 39 desta Lei.

[198] Existe um projeto de lei tramitando no Congresso Nacional que prevê uma profunda modificação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência o qual, certamente, deverá rever as atribuições e competências comuns entre a SDE e SEAE.

V – ordenar providências que conduzam à cessação de infração à 'Ordem Econômica', dentro do prazo que determinar;

Artigo 10, III, desta Lei.

VI – aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento;

Artigos 8º, VII, 10, IV, 14, IX, X e XII, 53 e 58 desta Lei.

VII – apreciar em grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator;

Artigos 9º, IV, 14, XI, e 52, § 2º, desta Lei.

VIII – intimar os interessados de suas decisões;

IX – requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções;

Artigos 9º, III, 14, V, e 26 desta Lei.

X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei; Artigo 36 desta Lei.

XI – contratar a realização de exames, vistorias e estudos, aprovando em cada caso, os respectivos honorários profissionais e demais despesas de processo, que deverão ser pagas pela empresa, se vier a ser punida nos termos desta Lei;

XII – apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do artigo 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XIII – requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, nos termos desta Lei;

Artigos 8º, VI, 10, II, e 58 desta Lei.

XIV – requisitar serviços e pessoal de quaisquer

órgãos e entidades do Poder Público Federal;

XV – determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais;

Artigo 10, III, desta Lei.

XVI – firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devam ser celebrados com organismos estrangeiros ou internacionais;

XVII – responder a consultas sobre matéria de sua competência;

Artigo 14, XII, desta Lei.

XVIII – instruir o público sobre as formas de infração da 'Ordem Econômica';

XIX – elaborar e aprovar seu regimento interno, dispondo sobre seu funcionamento, na forma das deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos, inclusive estabelecendo férias coletivas do Colegiado e do Procurador-Geral, durante o qual não correrão os prazos processuais nem aquele referido no § 6º do artigo 54 desta Lei;

Inciso XIX com a redação dada pela Lei nº 9.069, de 29-6-1995.

XX – propor a estrutura do quadro de pessoal da Autarquia, observado o disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal;

XXI – elaborar proposta orçamentária nos termos desta Lei;

Artigo 8º, VIII, desta Lei.

XXII – indicar o substituto eventual do Procurador-Geral nos casos de faltas, afastamento ou impedimento.

Inciso XXII acrescido pela Lei nº 9.069, de 29-6-1995.

Competência da SDE/MJ, de acordo com os artigos 13 e 14 da Lei nº. 8.884/94,

> **Tí**tulo **IV** – Da Secretaria de Direito Econômico
>
> **Artigo 13.** A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE, com a estrutura que lhe confere a lei, será dirigida por um Secretário, indicado pelo Ministro de Estado da Justiça, dentre brasileiros de notório saber jurídico ou econômico e ilibada reputação, nomeado pelo Presidente da República.

Relevante anotar que o CADE, através da Resolução nº. 46/2007, regulamentou as modificações feitas à Lei nº. 8.884/94, por meio da Lei nº. 11.482/2007, a qual introduziu a competência do CADE para a celebração de acordos com pessoas jurídicas e naturais que estejam sendo investigadas pela prática de formação de cartéis. Com o advento da Lei nº. 11.482/2007, o CADE amplia a aplicação do Termo de Concessão de Práticas – TCC, aos casos de formação de cartel, o que, anteriormente, era permitido apenas para outros ilícitos antitruste.

REFERÊNCIAS À LEGISLAÇÃO QUE TRATA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que altera e acrescenta dispositivos à 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 repressão às infrações contra a 'Ordem Econômica', e dá outras providências.

Lei nº 9.021, de 30 de março de 1995, que dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.

Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência), 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.

Lei nº 8.137, de 27 de novembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.

Decreto nº 6.193, de 23 de agosto de 2007, referente a Estrutura Regimental do MF.

Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007, que institui o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC.

Decreto nº 4.702, de 21 de maio de 2003, que promulga o Acordo Brasil - Estados Unidos.

Portaria nº 305, de 18 de agosto de 1999, que define procedimentos para a SEAE requisitar o fornecimento de dados sobre a produção, distribuição e consumo de bens e serviços em poder de pessoas de direito público ou privado; e para proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de qualquer natureza, de empresas ou pessoas físicas, *in loco* ou mediante a requisição de documentos; e para convocar dirigentes de empresas envolvidas em investigações de casos em que há indícios de infrações à 'Ordem Econômica' a apresentarem justificativas, pessoalmente ou por escrito.

Portaria nº 26, de 22 de dezembro de 2004, que disciplina a forma de recolhimento e rateio da Taxa Processual destinadas à SEAE, SDE ao CADE.

Portaria nº 24, de 08 de abril de 2005, que disciplina o procedimento administrativo para aplicação das sanções previstas no artigo 26, caput, artigo 26, § 5º, e 26-A, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, no âmbito da Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Portaria nº 33, de 4 de janeiro de 2006, que visa estabelecer mecanismo de cooperação para aumentar a eficiência e a eficácia dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência.

Portaria nº 08, de 2 de fevereiro de 2004, que inclui como hipótese para o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração as operações que são de apresentação obrigatória, nos termos do artigo 54, § 3º, da Lei nº 8.884/94, cujo faturamento bruto anual, no Brasil, de algum dos participantes, seja inferior a R$ 400.000.0000.

Portaria nº 001, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração.

Portaria nº 50, de 1 de agosto de 2001 (Guia de Análise Econômica

de Atos de Concentração Horizontal).

Portaria nº 46, de 28 de março de 2006, que regulamenta a concessão de tratamento sigiloso e confidencial de informações e/ou documentos relativos a atos de concentração e procedimentos e processos administrativos (condutas anti-competitivas).

Portaria nº 72, de 20 de dezembro de 2002, que institui o Procedimento Sumário para a Análise de Atos de Concentração Econômica.

Portaria nº 70, de 12 de dezembro de 2002, que institui o Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios.

Portaria nº 01, de 02 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o recolhimento da parcela da Taxa Processual, de R$ 15.000,00 , atribuída à Seae, conforme disposto no inciso III do artigo 3° da Lei n° 10.149.

Portaria nº 45, de 11 de agosto de 1999, que estabelece critérios para a cobrança de multa pecuniária nos casos em que empresas se recusarem a fornecer, omitirem, ou retardarem injustificadamente o fornecimento de informações ou documentos solicitados durante a análise de condutas anti-competitivas ou atos de concentração. (Revogada pela **Portaria nº 24** de 08 de abril de 2005).

Portaria nº 39, de 29 de junho de 1999, que define procedimentos para a análise de atos de concentração, por meio do *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração.* (Revogada pela **Portaria nº 50**, de 01/08/2001).

Acordo de Cooperação Técnica e Operacional em defesa da 'Ordem Econômica' firmado entre SEAE e MPF

Acordo SEAE - Cooperação Técnica com o Núcleo de Estudos em

Competição e Regulação do Setor Aéreo (Nectar/ITA)

Acordo SEAE - Cooperação Técnica com o Centro de Estudos Avançados em Economia Aplicada (CEPEA/ESALQ)

Acordo Brasil - Argentina na Área de Defesa da Concorrência

Acordo Brasil - Estados Unidos na Área de Defesa da Concorrência

Acordo Brasil - Rússia na Área de Defesa da Concorrência

Convênio - Inter-operação Tecnológica firmado entre SEAE/SDE/CADE

Convênio - BACEN, SEAE, SDE

Convênio - Secretaria da Receita Federal

Convênio - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Entendimento de Defesa da Concorrência do Mercosul (MERCOSUL/CMC/DEC. nº 04/04)

Programa de Cooperação entre o Serviço Federal Anti-monopólio da Rússia e o CADE, a SDE e a SEAE para 2006-2007

Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

Protocolo entre CADE, SDE, SEAE e Autoridade da Concorrência de Portugal

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. São Paulo: Atlas. 2020.

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. **Formação, crise e resgate do conceito de soberania.** Fortaleza: UFC, 2000.

ALEXANDRINO, Marcelo e Vicente Paulo. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid, Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 42. nº 165. p.126, jan./mar. 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Almedina, Coimbra, 1987.

ARAÚJO, Francisco Régis Frota. **Teoria Econômica e Direito.** Sobral: UVA, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução. **Caderno de direito constitucional e ciência política**, nº 19, p. 11.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais.** São Paulo: Renovar 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. p.91. Rio de Janeiro: abr./jun. 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Ano 10. nº 39, p. 92, abr./jun./2002.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e superação das Desigualdades Regionais. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willys Santiago (org). **Direito Constitucional**: Estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Maxilimonad, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. O planejamento e a Constituição de 1988. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 7. ed. Rio de janeiro: Forense, 1988.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** Belo Horizonte: Del Rey. 1993.

BORGES, Alexandre Walmott. Antinomia da 'Ordem Econômica'. **Revista Jurídica UNIJUS**. v.3, nº 1, p. 40, nov./2000.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal,1988.

BRASIL. **Lei Delegada Nº 4/62 -** Recepção pela Constituição Federal de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 6.938**, de 31-8-81**.** Instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e criou o Sistema Nacional de Preservação e Controle – SISNAMA. Brasília: Senado Federal, 1981.

BRASIL. **Lei n° 7.347/85**. Brasília: Senado Federal, 1985.

BRUM, Argemiro J. **Desenvolvimento Econômico Brasileiro**. 20. ed. Rio de Janeiro: Vozes. 2005.

BUGARIN, Paulo Soares. Controle Abstrato e Concentrado de Constitucionalidade. 'Ordem Econômica' e Antinomia de Princípios: Liberalismo Econômico e Justiça Social. **Revista Fórum Administrativo** – Direito Público. Ano 3. nº 34. p. 3194, Belo Horizonte: dez./2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional.** Almedina. Coimbra, 1992.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário.** 12. ed. São Paulo: Magalhães, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 2001.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico***.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

CASTRO, Jorge Abrahão de. *et al.* **Análise da evolução e**

dinâmica do gasto social: 1995-2001, Brasília: IPEA. Out. 2003.

CAVALCANTE, Enoque Gomes. **Sustentabilidade do Desenvolvimento:** Fundamentos Teóricos e Metodológicos do Novo Paradigma. 2. ed. Recife: UFPE, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51-52.

COMPARATO, Fabio Konder. Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático. In: JAGUARIBE, Hélio *et al.* **Brasil, sociedade democrática**. São Paulo: Saraiva, 1986.

COMTE, Augusto. **Discurso sobre o espírito positivo**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRISAFULLI, Vezio. **La Constituzione y le sue Disposizioni di Principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

DALLARI. Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.

DANTAS, Ivo. **Ciência política:** Teoria do Poder e da Constituição. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

DANTAS, Ivo. **Princípios Constitucionais e interpretação constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously.** Cambridge-London: Haward University Press, 1999.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. A Constituição como garantia da

democracia: o papel dos princípios constitucionais. **Revista de Direito Constitucional e Institucional.** Ano 11, nº. 44. São Paulo: RT, 2004.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada.** São Paulo: Malheiros, 2002.

FEITOSA, Raymundo Juliano. Quinze anos da Constituição de 1988: O 'fetichismo' como limite às possibilidades de Concretização da Constituição Federal de 1988. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de Dados*:* O Direito à Privacidade e os Limites à Função Fiscalizadora. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. n°1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor.** 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Maria. Políticas Públicas e atividade administrativa do Estado. **Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política.** São Paulo: RT-IBDC n. 15, p. 64-67, 1996.

GHERSI, Carlos Alberto. Aproximação à análise econômica do direito e suas conexões com o direito econômico. **Revista de Direito do Consumidor**. ERT. Ano 13 nº 51, p 250-251, jul./set. 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A 'Ordem Econômica' na Constituição de**

1988. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROS. Denise B. Institutos Liberais, neoliberalismo e políticas públicas na Nova República. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** vol 19. n° 54, p. 149.

GUASTINI, Riccardo. **Dalle fonti alle norme**. Torino: [s.r.], 1990.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria Processual da Constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas J. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos: Uma visão comparativa. *In* SARLET, Ingo. **A Constituição Concretizada:** Construindo Pontes com o Público e o Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha.** Fabris, 2002.

KRELL. Andréas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In SARLE, Ingo (org). **A Constituição Concretizada.** Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Judicialização da Política e Comissões Parlamentares de Inquérito: Um problema de Teoria Constitucional da Democracia. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**.** Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Os princípios jurídicos da tributação na Constituição de 1988.** São Paulo: Revista dos Tribunais,

1991.

MACHADO, Paulo Affonso e Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros. 2005**.**

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. **Revista de Direito do Consumidor.** nº 52. Monografia vencedora do Concurso de Monografias, promovido pela Comissão de Defesa do Consumidor da OAB-SP. São Paulo. 2003.

MARTINEZ, Ana Paula. Jurisdição Extraterritorial em Direito da Concorrência: Balanço e Perspectiva*.* **Revista de Direito Internacional e Econômico.** p. 66-91. INCE. Ano II, nº 10, jan-mar/2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O regime jurídico dos serviços públicos na 'Ordem Econômica'. **Revista do Curso de Direito do Centro Universitário das Faculdades Unidas.** nº. 23. p. 14. São Paulo: 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELO, Carlos Antonio de Almeida. Mecanismos de Proteção e Concretização da Constituição In: SCAFF Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

MELO, Celso Antônio Bandeira de**. Elementos de Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. Coimbra: Editora Coimbra. 2013.

MONCADA, Luis Cabral de. **Direito Econômico**. Coimbra: Editora Coimbra, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública.** São Paulo: Dialética, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Constitucionalização ou barbárie: perspectivas constitucionais. *In* SARLE, Ingo (Org.). **A Constituição Concretizada.** Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do Capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição.** Coimbra: Centelha, 1974.

MUKAI, Toshio. **Participação do Estado na Atividade Econômica.** Limites Jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

PEREIRA, Afonso Insuela**. O Direito Econômico na Ordem Jurídica.** São Paulo: ERT, 1980.

PETTER, Lafayete Josué. **Princípios Constitucionais da 'Ordem Econômica'.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PICAZO, Luiz Diez. **Anuário de Derecho Civil.** Tomo XXXVI, fasc. 3., 1983.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**: 'Ordem Econômica', relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais. São Paulo: ERT, 2010.

QUEIROZ, José Wilson Nogueira de**. Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

RAMOS, Elival da Silva. O Estado na 'Ordem Econômica'. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. nº 43. ERT, p. 52, abr./jun. /2003.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, Marilia Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: n. 158 abr./jun. 2003.

SAY, J.B. **Tratado de Economia Política.** São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SCAFF, Fernando Facury. A Constituição econômica brasileira em seus 15 anos. In SCAFF, Fernando Facury (org). **Constitucionalizando direitos:** 15 anos de Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid, Alianza Universidad Textos, 1992.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito Constitucional Econômico**: Estado e Normatização da Economia. Porto Alegre: Fabris Editor, 2020.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao desenvolvimento.** São Paulo: Método, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SORMAN, Guy. **O Estado Mínimo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal,

1988.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Lições de Direito Econômico**. Porto Alegre: SAFE. 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino. **Primeiras Linhas de Direito Econômico.** São Paulo: Editora Rabelo, 1977.

SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen; **The Cost of Rights'**. New York: Norton, 1999.

TÁCITO, Caio. **As reformas sociais e a Ordem Jurídica.** Rio de Janeiro: Forense, 1963.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. A onda reformista do Direito Positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano I. n 1. p. 94. Brasília: ENM 2006.

TOLEDO, Gastão Alves. **O Direito Constitucional Econômico e sua Eficácia.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das propriedades.** Coimbra: Centelha, 1993.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito Econômico:** a 'Ordem Econômica' Portuguesa. Coimbra: Centelha, 1990.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

WASHINGTON Peluso Albino. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. México: Fundo de Cultura Econômica, 1969.

WILLIAMSON*;* John; KUCZYNSKI, Pedro. **Depois do Consenso de Washington.** São Paulo: Submarino, 2000.