

EGON BOCKMANN MOREIRA

O DIREITO
ADMINISTRATIVO
CONTEMPORÂNEO
E SUAS RELAÇÕES
COM A ECONOMIA



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Moreira, Egon Bockmann

O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia /
Egon Bockmann Moreira. -- Curitiba : Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

Bibliografia.

ISBN 978-85-92988-00-5

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo - Brasil 3. Direito
econômico 4. Direito e economia I. Título.

16-06870

CDU-34:33:35(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Direito administrativo econômico

34:33:35(81)

O presente livro é distribuído gratuita e exclusivamente *on-line*, sendo que o autor mantém todos seus direitos autorais morais quanto ao conteúdo da obra.

É permitida a reprodução do material para fins pessoais e didáticos, desde que citada a fonte original, sendo expressamente vedada a reprodução que tenha intuito comercial.

Agosto de 2016.

EGON BOCKMANN MOREIRA

**O DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E SUAS RELAÇÕES COM
A ECONOMIA**

1ª edição

**Curitiba
Editora Virtual Gratuita – EVG
2016**

Sobre o autor

Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor visitante da Faculdade de Direito de Lisboa (2011). Professor convidado do Centro de Estudos de Direito Público e Regulação - CEDIPRE, da Faculdade de Direito de Coimbra (2012). Conferencista Visitante nas Universidades de Nankai e de JiLin, ambas na China (2012). Palestrante nos cursos de MBA, LLM e educação continuada na FGV Direito Rio. Possui Mestrado (1999) e Doutorado (2004) pela UFPR e Pós-Graduação em Regulação Pública da Economia e Concorrência pelo CEDIPRE (2002). É editor da Revista de Direito Público da Economia - RDPE e da Revista de Contratos Públicos - RCP. É árbitro institucional da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP).

Uma apresentação extemporânea

Eterno

Entre uma flor colhida e outra ofertada
o inexprimível nada.

GIUSEPPE UNGARETTI

(*A alegria*. Trad. G. Holanda. São Paulo: Record, 2003)

Este livro é o texto original da tese de doutoramento escrita pelo autor nos anos de 2002-2004 e defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR. Desde então, ficou dormitando nos computadores. A versão impressa foi objeto de tentativas de revisão, mas sem qualquer êxito. Alguns anos mais tarde, as anotações físicas foram jogadas fora e o projeto restou esquecido. Hoje, mais de 12 anos depois, o livro é publicado em versão exclusivamente digital.

Eu vou tentar explicar alguma coisa a respeito dessa confusão, começando pela razão de ser da tese.

Talvez seja bom começar pelo subtítulo original: *O Direito Administrativo da Economia entre o passado e o futuro*. Com isso, eu pretendia retratar tanto o vazio poético de UNGARETTI quanto a ideia arendtiana da ruptura da tradição pela modernidade. O presente sem um específico passado que possa ser preservado: ausente a continuidade, ficamos à mercê de mudanças intermitentes. A ruptura a esvaziar significados. Enfim, a sensibilidade do nada inexprimível, que eternamente aguarda a flor ofertada – pois, aquela que até então existia, já foi colhida.

Era assim que eu enxergava o Direito Administrativo da Economia ao início deste século XXI. Uma realidade em que o atual não existia integralmente, pois estava a aguardar a eternidade da transposição do modelo tradicional por outro, que não chegara por completo. Mas, o que poderia estar por detrás dessas preocupações?

Ora, como todos sabemos, inicialmente o Direito Administrativo brasileiro foi construído à luz do Direito Administrativo francês (e, em parte, do norte-americano). Parcela significativa dele se desenvolveu segundo matriz hermética, com pouco espaço para variações significativas. Essa racionalidade se consolidou a partir de meados da década de 1970: a concepção fechada da legalidade, conjugada com a estruturação hierárquica da Administração e a exclusão das pessoas privadas da convivência administrativa (e respectivos negócios). Isso ao lado da consolidação de ampla principiologia publicística, que visava a controlar a Administração Pública. O público a repudiar o privado; tornando-se o espaço onde não há autonomia nem igualdade, mas indisponibilidade e supremacia. O presente a perpetuar – senão corromper – o legado da tradição francesa do final do século XIX, início do XX.

Ocorre que, em meados da década de 1990, derrubou-se boa parte disso. Emendas Constitucionais, leis e regulamentos puseram por terra a harmonia e coerência do sistema. Basta pensar em organizações sociais, contratos de gestão e agências reguladoras – cuja racionalidade simplesmente não se encaixa de modo simétrico no modelo anterior. Houve significativa ruptura no Direito Administrativo brasileiro, sobretudo ao disciplinar as relações econômicas entre Estado-Administração e pessoas privadas.

Contudo, não se deu a simples mudança de um modelo para o outro, mas ruptura parcial e respectiva integração incompleta/desarmônica. O que instalou séria imprecisão e insegurança (isso sem se falar nas inférteis, cansativas e repetitivas batalhas dogmáticas). Mas fato é que o modelo anterior havia sido colhido e, o seguinte, não ofertado. Já não se tinha o mesmo sistema, nem outro que o substituísse. Vivia-se a eternização da ausência (ainda que parcial). Daí a estruturação da tese e a tentativa de descobrir algo novo – ainda que fosse o vazio

(ou, como depois constatei, um núcleo dinâmico como a principal característica: a segurança oriunda da certeza da mudança). Revelar o passado, analisar a construção do presente e prospectar o futuro do Direito Administrativo da Economia.

Claro que o prazo para depósito, unido aos compromissos, à preguiça e à falta de organização (isso sem se falar no destino e suas peraltices), impediram que a tese ganhasse maior consistência. Foi o que de melhor então consegui fazer, num período peculiar da minha vida.

Hoje, tenho sérias discordâncias a respeito de várias partes da tese: seja por utilizar concepções equivocadas; seja por me referir a autores que o tempo, a vida e o estudo me revelaram a sua inconsistência; seja por adotar técnica de exposição talvez antiga e subjetiva demais; seja por precisar de (muito) mais tempo e pesquisa. Há erros, com os quais aprendi a conviver. Mas, pronto, nada há a se fazer: o texto foi concluído, defendido e aprovado. Para que se aproximasse do ideal haveria de ser reescrito – e daí já não mais seria aquela tese defendida em fevereiro de 2004. Não se rasga a história.

Porém fato é que a tese persiste a me incomodar. Afinal de contas, haverá um dia em que o Direito Administrativo da Economia terá um retrato harmônico, estável e com premissas conhecidas? Ou será essencialmente dinâmico e repleto de incógnitas, mais parecido com a física quântica? Ainda não cheguei a uma conclusão definitiva a esse respeito (se é que ela existe).

Além disso, mais recentemente eu tive a oportunidade de aprender algo de bastante sério quanto à produção acadêmica, seus momentos e importâncias. Por um lado, a tese absolutamente perfeita não existe – ainda não amanheceu o dia em que ela será defendida e publicada. Por outro, quem se dedica à vida acadêmica sabe que, atualmente, a tese de doutoramento não significa o ponto de chegada, mas sim o de partida. Já houve um tempo em que ela era a última e mais relevante manifestação, a definir o passado e consolidar o presente; hoje, parece-me que é um dos primeiros passos para o futuro. Bastante há a ser estudado, pesquisado e escrito depois da tese. Assim espero.

Muito embora tenha tomado meus dias e noites, esta tese não poderia ter sido escrita sem o apoio pessoal da LEILA CUÉLLAR, minha esposa, e o suporte acadêmico do MARÇAL JUSTEN FILHO, professor, exemplo e amigo que orientou sua elaboração. Cada um deles ao seu tempo, modo e lugar, permitiram que eu conseguisse escrever. Fica aqui registrado o passado, presente e futuro da minha gratidão.

Igualmente, é de se consignar que o motivo desta publicação advém da generosidade do Dr. EDUARDO MATTOS, antigo aluno da Faculdade de Direito da UFPR e hoje mestre pela Faculdade de Direito da USP. Ele teve a genial ideia de criar a EVG – EDITORA VIRTUAL GRATUITA e o diabólico plano de desencavar esta minha tese, convidando-me a publicá-la. Anoto aqui os meus mais sinceros agradecimentos pelo gentil convite – e o meu entusiasmo com a EVG.

Por fim, reitere-se que este livro é só uma tese, que retrata específico momento da vida – pessoal, acadêmica e profissional – de seu autor. Espero que se preste a inspirar outros estudiosos, que certamente virão a escrever melhores teses.

Curitiba, agosto de 2016.

Egon Bockmann Moreira

SUMÁRIO

1. PRÓLOGO: A PRESENTE TESE E OS SEUS DILEMAS	14
2. AS VARIAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS.....	16
2.1 A dimensão das recentes mutações do Direito Administrativo.....	16
2.2 As transformações do Direito Administrativo brasileiro.....	17
2.3 A intensificação da participação e da exclusão do Estado brasileiro da economia.....	21
2.4 A modificação ampliadora do Direito Administrativo	23
2.5 A velocidade das mudanças.....	25
2.6 Breve ressalva analítica e conclusões parciais.....	27
3. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ANÁLISE DO EIXO CENTRAL DE UMA DISCIPLINA EM EVOLUÇÃO.....	30
3.1 A juventude de uma disciplina essencial ao Estado de Direito	31
3.2 As influências estrangeiras nos Direitos nacionais	32
3.3 O sistema romano-germânico, o anglo-saxão e as influências no Direito Administrativo brasileiro	34
3.4 O “núcleo duro” do Direito Administrativo	36
3.4.1 <i>A Revolução Francesa, o Estado Liberal e o Direito Administrativo</i>	<i>37</i>
3.4.2 <i>A exclusão do Estado do cenário econômico liberal</i>	<i>42</i>
3.4.3 <i>O Direito Administrativo e o controle do poder.....</i>	<i>43</i>
3.4.4 <i>A atualidade da preocupação quanto aos deveres-poderes da Administração.....</i>	<i>48</i>
3.5 <i>Conclusões parciais</i>	<i>51</i>
4. DIREITO ADMINISTRATIVO E ECONOMIA.....	53
4.1 O jovem descendente de uma disciplina em evolução: o Direito Administrativo da Economia.....	56
4.1.1 <i>A origem histórica do Direito Administrativo da Economia.....</i>	<i>56</i>
4.1.2 <i>O “ponto zero” da intervenção.....</i>	<i>59</i>

4.1.3	<i>Os desdobramentos do ponto zero e a intensificação da convivência entre o jurídico e o econômico</i>	67
4.1.4	<i>O nascimento da “Constituição Econômica”</i>	72
4.1.5	<i>O conceito de Constituição Econômica</i>	74
4.2	O Direito Econômico e o Direito Administrativo da Economia	76
4.2.1	<i>A convivência entre o Direito Econômico, o Direito Comercial e o Direito Civil</i>	76
4.2.2	<i>O Direito Administrativo da Economia como integrante do Direito Econômico</i>	78
4.2.3	<i>A “crise” do Direito Administrativo e o Direito Administrativo da Economia</i>	80
4.2.4	<i>A racionalidade pública do Direito Administrativo da Economia</i>	82
4.2.5	<i>O Direito Administrativo da Economia em sentido estrito</i>	86
4.3	Direito e Economia, Economia e Direito: linguagens e leituras dessemelhantes	88
4.3.1	<i>A visão jurídica do cenário econômico</i>	90
4.3.2	<i>A criatividade econômica versus o conservadorismo jurídico</i>	98
4.3.3	<i>Locuções iguais, ideias diferentes: um exemplo</i>	101
4.4	Conclusões parciais	103
5.	DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER ECONÔMICO	105
5.1	Ressalva prévia: o dever-poder administrativo e o poder econômico	105
5.2	Esboço de um conceito de poder econômico	108
5.3	Poder econômico e limites jurídicos	111
5.4	Poder econômico e as falhas de mercado: o exemplo do monopólio.....	112
5.5	Políticas econômicas e a atuação estatal na economia	118
5.6	A intervenção estatal na economia e seu relacionamento com a ideia de um “Estado promocional”	125
5.7	Os dois níveis de intervenção: “a favor” e “contra” o mercado.....	129
5.8	Intervenção a favor e intervenção contrária ao mercado: o exemplo do controle de preços.....	130
5.9	Conclusões parciais	135

6. O DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	137
6.1 Extensão e intensidade das medidas interventivas	138
6.2 O caso brasileiro: as Constituições e as Ordens Econômicas republicanas.....	140
6.2.1 <i>O ponto de partida: o governo VARGAS e a Constituição de 1934</i>	140
6.2.2 <i>As Cartas de 1937, 1946, 1967 (EC 1/69) e 1988</i>	144
6.3 Linhas gerais da Ordem Econômica consignada na Constituição de 1988.....	148
6.4 O Estado brasileiro contemporâneo: intensamente promocional, mas ainda um estranho ao mercado	149
7. PROPOSTA DE UM CONCEITO DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA ESTATAL	152
7.1 O efeito da intervenção econômica: consequências de fato e de direito..	154
7.2 A intervenção e os interesses egoísticos dos agentes econômicos	157
7.3 O gênero intervenção: suas espécies e mutações	162
7.3.1 <i>O pensamento de ANDRÉ DE LAUBADÈRE</i>	162
7.3.2 <i>O pensamento de GÉRARD FARJAT</i>	164
7.3.3 <i>O pensamento de VITAL MOREIRA</i>	166
7.3.4 <i>O pensamento de ANTÓNIO SOUSA FRANCO</i>	168
7.3.5 <i>O pensamento de MANUEL AFONSO VAZ</i>	169
7.3.6 <i>O pensamento de GASPAR ARIÑO ORTIZ</i>	170
7.3.7 <i>O pensamento de Washington Peluso Albino de Sousa</i>	172
7.3.8 <i>O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello</i>	173
7.3.9 <i>O pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	174
7.3.10 <i>O pensamento de EROS ROBERTO GRAU</i>	176
7.3.11 <i>Outras proposições e breve resumo</i>	178
7.3.12 <i>Um contraponto: atuação ou intervenção econômica estatal?</i>	179
7.4 A intervenção é o gênero, a intervenção <i>stricto sensu</i> e a regulação são as espécies.....	181
7.5 Conceito de intervenção econômica e a sua “funcionalização”	182
7.6 A intervenção em sentido estrito e a intervenção regulatória	183

7.7	Intervenção em sentido estrito, intervenção regulatória e respectivos efeitos jurídicos	185
7.8	Intervenção em sentido estrito, intervenção regulatória e respectivos limites e controles	188
7.9	A classificação proposta e respectivas consequências.....	189
7.10	Crítica a um conceito brasileiro, amplo e genérico, de regulação econômica	190
7.10.1	<i>O conceito de intervenção e a profusão da “American-style regulation”</i>	190
7.10.2	<i>A intervenção econômica e a regulação nos Estados Unidos da América</i>	193
7.10.3	<i>Sistemas diferentes, classificações diversas.....</i>	196
7.10.4	<i>Noções e conceitos de regulação econômica.....</i>	198
8.	O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA EM SENTIDO ESTRITO.....	205
8.1	A intervenção na economia brasileira, o agigantamento do Estado e sua redução	205
8.2	A intervenção regulatória e o regime de Direito Administrativo	211
8.3	Intervenção regulatória <i>versus</i> “ <i>soft law</i> ” e “economia concertada”	215
8.4	A Constituição Federal e a regulação pública da economia	220
8.5	Conclusões parciais	224
9.	O DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA BRASILEIRA, O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O PARADIGMA DA INTERVENÇÃO SENSATA.....	225
9.1	O princípio da dignidade da pessoa humana e a ponderação de interesses no Direito Administrativo da Economia.....	227
9.1.1	<i>A intervenção econômica estatal em sistemas capitalistas: exceção?.....</i>	228
9.1.2	<i>A compreensão axiológica de uma exceção.....</i>	229
9.1.3	<i>A ponderação de interesses e sua compreensão substancial.....</i>	234
9.1.4	<i>A dignidade da pessoa humana, a liberdade de empresa e o direito ao lucro.....</i>	236
9.1.5	<i>A função social da propriedade e a liberdade de empresa.....</i>	238

9.1.6	<i>A defesa de uma compreensão sistemática da Ordem Econômica...</i>	242
9.2	O Direito Administrativo da Economia e o paradigma da “intervenção sensata”	245
9.2.1	<i>Estado, empresas e a intervenção na economia</i>	246
9.2.2	<i>A intervenção sensata nas economias capitalistas</i>	247
9.2.3	<i>A intervenção sensata e o princípio da dignidade da pessoa humana</i>	253
9.2.4	<i>A intervenção sensata e o princípio da subsidiariedade</i>	254
9.3	Conclusões parciais	259
10.	EPÍLOGO: SERIA A INTERVENÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA UMA “VARIAÇÃO EM TORNO DE UM MESMO TEMA” OU UM PONTO IRREVERSÍVEL?	262
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	274

1. PRÓLOGO: A PRESENTE TESE E OS SEUS DILEMAS

A pesquisa quanto ao relacionamento do Direito Administrativo brasileiro com a economia envolve uma série de dificuldades. A complexidade dessas questões reside não só na individualidade e autonomia científica das disciplinas (que trazem consigo a confrontação de abordagens técnicas diversas), mas também na instabilidade desse relacionamento ao longo da História brasileira – tudo isso unido à ausência de um modelo analítico preciso ou de conceitos uníssonos, que porventura permitissem uma leitura integrada de ambas as ciências.

O exame da intervenção do Estado no domínio econômico privado situa o estudioso do Direito não apenas diante de problemas – questões para cuja solução se dispõe de um arsenal jurídico construído ao longo dos séculos, operado na prática através de um silogismo tradicional. Mais do que isso, o jurista está hoje situado num cenário dilemático: à parte de não poder se valer com a mesma eficácia dos instrumentos outrora disponíveis, o estudo do relacionamento do Direito com a economia muitas vezes envolve premissas contraditórias e mutuamente excludentes – que obrigatoriamente deverão, ao final, prestar-se a fundamentar a conclusão proposta.

Ocorre que o enfrentamento dessas metamorfoses dilemáticas é de crucial importância. O Direito Administrativo da Economia imiscui-se em um universo de relações sociais – desde aquelas que afetam as poderosas multinacionais, até as que envolvem as camadas menos privilegiadas da população. Muitas vezes, vê-se obrigado a enfrentar choques entre a dignidade da pessoa humana, o direito ao trabalho e justiça social, em face da liberdade de empresa. Assim, é crucial que tais questões sejam abordadas.

Com isso se quer dizer que o momento é o de aporte de novas propostas e de novas soluções. Não há necessidade do abandono ao outrora

consolidado, mas a construção crítica de uma hermenêutica consciente das mudanças tão rapidamente operadas nestes tempos de pós-modernismo jurídico.

Essas confrontações exigem também uma leitura dos fenômenos jurídicos (mundo do dever ser) sem olvidar das peculiaridades inerentes aos eventos econômicos (mundo do ser). Na medida em que os conceitos construídos pela teoria econômica (ao lado dos fatos históricos) prestam-se a melhor explicar e compreender a lei e o Direito, a presente tese abrandará a linearidade ortodoxa das exposições científicas, valendo-se de forma recorrente de determinados conceitos extravagantes, reiterando a sua utilização a fim de consolidar a abordagem que se pretende realizar. Além disso, haverá uma interligação de fatos históricos, de sorte a demonstrar a construção gradativa das teorias jurídicas (e econômicas).

Por fim, o epílogo lançado ao final não tem a pretensão de exaurir o dilema que ora se propõe. Como será visto no decorrer da exposição do presente trabalho, a conclusão da tese envolve a definição do momento ora vivido pelo Direito Administrativo, em face do seu passado e do seu futuro.

2. AS VARIAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O estudo do Direito Administrativo brasileiro atual passa por duas análises concomitantes: a do conceito tradicional da disciplina, do qual emerge um eixo central para a sua compreensão, unida à de uma série de conceitos não-tradicionais ao nosso Direito (e mesmo antitéticos à sua configuração tradicional). Isso se reflete com precisão no que diz respeito ao Direito Administrativo da Economia.

O âmago do Direito Administrativo tradicional reside nos limites e no controle do exercício da função administrativa do Estado. É o Direito que define as competências administrativas e as respectivas finalidades públicas ao encargo dos três Poderes, simultaneamente criando meios de fiscalização ao seu exercício. Envolve o estudo das normas que disciplinam os deveres do Estado-Administração e as estreitas balizas que daí derivam.

2.1 A dimensão das recentes mutações do Direito Administrativo

Porém, o Direito Administrativo não mais se configura como um acanhado conjunto de normas, a estabelecer competências fixas e exaurientes, em campos de ação estáveis e predeterminados.

A constatação envolve mudanças operadas ao longo da História recente do Direito Administrativo, que vem sofrendo alterações significativas em seu modelo original. Lembre-se de que, já em meados do século passado, a evolução da sociedade e do Estado francês tornaram possível a seguinte descrição, efetivada por PROSPER WEIL:

“Assistia-se ao espetáculo desorientante de uma disciplina que cada dia tomava mais importância, mas cuja natureza profunda se ignorava, cujo fundamento deixava de ser imediatamente perceptível e cujos limites



eram incertos: um domínio no qual era necessário entrar, mas ninguém tinha as chaves nem conhecia as fronteiras.”¹

À evidência, o impacto hoje vivido pelo Direito Administrativo é muito mais intenso e significativo do que aquele experimentado nos anos 1920/1950 (e depois, até os anos 1970). Então se vivia o surgimento de novas atividades estatais (através da intervenção econômica direta e das empresas estatais), bem como a regulação pública da economia privada e o desdobramento das atividades administrativas em sentido estrito. Isso se deu com vigor em toda a Europa continental (máxime em França, Itália, Portugal e Espanha) e no Brasil (sem excluir outros países latinos, como a Argentina).

Essa variação se desenvolveu e se estabilizou ao longo de décadas, o que fez com que o Direito Administrativo permanecesse ampliando as suas fronteiras na esfera econômica. Crescimento ao qual o Direito Administrativo brasileiro não restou imune.

2.2 As transformações do Direito Administrativo brasileiro

Já um breve exame da História do Direito Administrativo brasileiro denota a crescente ampliação e centralização do exercício de suas competências originárias, sobretudo a partir da Segunda República. Como que num efeito reflexo descendente, esse poder foi exercido em todos os ambientes onde o Direito Administrativo conseguia se projetar e desenvolveu um cenário no qual o Estado exercita amplamente a sua atuação na sociedade, especialmente na economia.

¹ *O Direito Administrativo*. Coimbra : Almedina, 1977, p. 31 – ponto em que o autor descreve a crise do contencioso administrativo dos anos 1920 a 1940 (a edição original da obra data de 1964). Mas não se tratava de um dilema exclusivo da França, como se infere da conferência feita em 1955 por ERNST FORSTHOFF, intitulada “Abbiamo troppo o troppo poco stato?” (in *Stato di diritto in trasformazione*. Milano : Giuffrè, 1973, p. 83/100). No mesmo sentido, quanto ao período 1970/1985, v. ARNOLDO WALD, “O direito da crise” (in ARNOLDO WALD (coord.), *O direito da década de 80*. São Paulo : RT, 1985, p. 282/298).



As Constituições que se seguiram à de 1934 confirmaram a ordenação jurídico-constitucional da economia (a “Constituição Econômica”), fixando o Estado como interventor e centralizador (especialmente a União e o governo federal²). Com maior ou menor grau, isso se deu nas Constituições de 1937, 1946, 1967 (e EC nº 1/1969) e na Carta de 1988. As variações foram ínfimas e antes diziam respeito ao titular do exercício do poder interventivo. A substância e a carga da ingerência estatal brasileira no domínio econômico foi intensificada ao longo do tempo.

A partir de 1995, inverteu-se essa perspectiva. Isso sob dois aspectos: por um lado, o ritmo das mudanças. A curto prazo foram promulgadas várias Emendas à Constituição de 1988 e abundante legislação infraconstitucional. Num período de menos de dez anos assistiu-se à criação de um novo cenário jurídico-econômico estatal, trazendo consigo inovações na Constituição Econômica.

Por outro lado, nesse pequeno lapso deu-se uma mudança na composição orgânica e nas relações substanciais do Estado brasileiro com a economia. Alteraram-se não só os órgãos e entidades titulares de tais competências, mas igualmente os limites, o conteúdo e a forma de seu exercício.

Certo é que não se pode afirmar a plena adoção de um novo modelo, claro e específico. Não se está diante da substituição ou sucessão de sistemas econômicos. As recentes metamorfoses da Ordem Econômica não fizeram com que o Estado brasileiro deixasse de ser capitalista (com características “mistas”³)

² Por exemplo, na Carta de 1946, a intervenção era “reservada à competência da União (art. 146, Const. Fed.), refugindo, pois, à competência, complementar ou supletiva, reconhecida aos Estados, no concernente à disciplina legal da produção e do consumo (art. 6, Const. Fed.).” (RUY CIRNE LIMA, *Pareceres*. Porto Alegre: Sulina, 1963, p. 49). Acerca das peculiaridades do federalismo brasileiro até a EC nº 1/69 e os poderes concentrados da União, v. RAUL MACHADO HORTA (“Tendências do federalismo brasileiro.” *RDP* 9/7. São Paulo: RT, jul./set. 1969). No que diz respeito à Carta de 1988, esta reservou aos Estados e Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre Direito Econômico (art. 24, inc. I) – excluídas as previsões do art. 22, que outorgam competência privativa à União para um amplo rol de assuntos específicos.

³ O “capitalismo misto” é aquele em que o Estado mantém uma parcela dos bens e serviços relativos à atividade produtiva e regulação da economia. Nem é ao extremo liberal ou socialista, mas adota um universo de alternativas entre os dois regimes. Cf. DAVID N. HYMAN (*Public finance*. 6ª ed. Fort Worth: The Dryden Press, 1999, p. 8/13) e JOSEPH E. STIGLITZ (*Economics of the public sector*. 3ª ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000, p. 4). Críticas a essa classificação – que conduziria à defesa de um sistema econômico misto – podem ser vistas em AVELÃS NUNES, ao discorrer que “as alterações verificadas não produziram qualquer mudança qualitativamente relevante, em termos

nem tampouco que se tornasse apenas um “Estado Regulador”, um “Estado Empresário” ou um “Estado Mínimo”. Permanece um Estado capitalista, qualificado pela participação do Estado em parcelas da atividade econômica e deveres promocionais (o que não o torna socialista, nem significa uma adoção da tese da “convergência dos sistemas”).

Ao que tudo indica, não haverá retorno ao modelo do Estado de Bem Estar, nem tampouco se atingirá o ponto ótimo do “Estado Essencial” preconizado por JUAREZ FREITAS: “longe do Estado mínimo assim como do Estado máximo, o Estado essencial busca ter o tamanho viabilizador do cumprimento de suas funções, nem mínimas, nem máximas, simplesmente essenciais.”⁴

Mas desde logo faça-se a ressalva de que a configuração de um Estado Mínimo no plano jurídico-econômico traz consigo o elevado risco de um “Estado Fraco” ante a atuação do mercado. Um País subdesenvolvido como o Brasil, que não exerça a contento o seu papel interventivo e desenvolvimentista, certamente submeter-se-á àqueles que exercem o poder econômico.

Caso o Estado não disponha de instituições sólidas e não possua um perfil de desenvolvimento sustentável, só se pode aceitá-lo como “Mínimo” desde que a ele se reserve a disciplina rígida não só das falhas de mercado, mas especialmente de um projeto de estabilização das instituições e desenvolvimento nacional. A diminuição do Estado brasileiro não pode se assemelhar àquela concebível nos países desenvolvidos (ou naqueles que porventura disponham de garantias de investimentos estruturais a longo prazo, como se dá na União Europeia).

Ora, pode-se dizer que atualmente o Brasil vive numa encruzilhada histórica que alberga algo como um entreposto jurídico relativo à sua Ordem Econômica. Foi dado abrigo a preceitos normativos que obedecem a lógicas

de ser legítimo dizer-se que o sistema que hoje enquadra as relações econômicas, sociais e políticas no mundo ocidental (...) já não pode definir-se como capitalista. A verdade – parece – é que não houve qualquer alteração que tenha vindo a tocar a própria essência definidora do capitalismo” (*Os sistemas económicos*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 208 ss.).

⁴ “O Estado essencial e o regime de concessões e permissões de serviços públicos”, in *Estudos de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 35.

antitéticas, com origens que não se compatibilizam, e, mais do que isso, foram implementados comportamentos administrativos que se dissociam das modalidades interventivas anteriores. Esse grande depósito de normas e condutas de laboriosa harmonização é um desafio aos juristas, que envolve a solução de problemas do presente com os instrumentos de um passado estranho àquele que lhes pertence.

O enfrentamento dessas questões não pode desprezar o fato de que ainda não se estabilizaram as mudanças. Muito das novidades que surgiram vieram de outros sistemas jurídicos, de uma forma brusca. As influências são as mais variadas e oriundas de diversos centros (apesar da inegável influência, direta e indireta, do direito estadunidense).

O que torna atual a advertência de RUY CIRNE LIMA acerca da base do Direito Público brasileiro na Primeira República: devido às influências “das instituições dos Estados Unidos da América e os princípios da ‘common law’ tomados para fundamento do nosso regime jurídico incipiente”, pouca atenção e inúmeras contradições estavam albergadas nesse ramo do Direito. “Estava, porém, o fundamento em contradição com o regime”. A conclusão é aplicável aos dias de hoje:

“O resultado dessa contradição é a incerteza das categorias jurídicas do nosso Direito Administrativo: - é o desconhecimento de pessoas administrativas, fora, da União, dos Estados e dos Municípios; é o desconhecimento dos limites do domínio público, além dos que lhe assinala a propriedade da União, dos Estados ou dos Municípios; é o desconhecimento da doutrina dos atos administrativos, acima das prescrições de direito privado.

“Traço característico desse momento histórico é, destarte, o exotismo, mais político do que jurídico, do qual decorre, paradoxalmente, em contraste com o largo desenvolvimento material do Direito Administrativo, o desconhecimento formal deste.”⁵

Vive-se hoje algo semelhante ao descrito por PROSPER WEIL e RUY CIRNE LIMA, porém com agravantes.

2.3 A intensificação da participação e da exclusão do Estado brasileiro da economia

A situação atual se torna ainda pior pois, ao contrário de se firmar uma diretriz específica, está-se diante de um rol de incertezas institucionalizadas. O paradoxo passou a ser a regra: o Estado pretende-se Mínimo (ou Essencial), mas se comporta como se Estado de Bem Estar fosse.

Situação que se agrava devido ao constante fenômeno da desenfreada (e irregular) participação do Estado na economia. Assim, acaba se tornando um Estado que se reputa Mínimo (ou Essencial) apenas porque procedeu à privatização de boa parte das empresas estatais e operou a concessão de parcela significativa dos serviços públicos. Nunca esteve tão presente a dissociação entre a “Constituição Econômica formal” e a “Constituição Econômica real”.⁶

Não existem dúvidas de que se diminuiu o tamanho do Estado (e respectivos custos administrativos) e que se o afastou de determinadas atividades econômicas. Resta saber se o que se deu foi mesmo uma modificação estrutural, que permanecerá no tempo e nas instituições, ou algo meramente superficial nesse relacionamento.

Mas é importante ressaltar-se que são excluídas eventuais características liberais puras à economia do Estado brasileiro (no presente ou no passado). Em verdade, o Brasil jamais viveu uma fase típica de um liberalismo ideal, pois sempre se deu a coexistência e a coabitação entre o público e o privado

⁵ *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 33.

⁶ Como adverte GOMES CANOTILHO, “há que observar e prestar atenção às deslocções compreensivas dos textos constitucionais. Em rigor, algumas Constituições (Brasil, Portugal) apontam no sentido contrário ao direito constitucional da regulação. Continuam a prever empresas públicas monopolistas de prestação de serviços (eletricidade, água, telecomunicações), continuam a aludir a esquemas estatais-administrativos de prestação de serviços associados à execução de políticas públicas e à concretização de direitos sociais. Nesse contexto, o direito constitucional da regulação passa a fazer parte da chamada ‘constituição real’ antes de ser canalizado constitucionalmente para a constituição formal.” (“Existe um direito constitucional da regulação?”, in *Revista do Advogado* 73/109. São Paulo: AASP, nov./2003).



na economia. No País não foi experimentado algo sequer semelhante àquilo por que passou a Europa no século XIX.

De colônia e Estado de exploração agrícola por uma elite privilegiada com benesses públicas, o Brasil saltou para a condição de um firme Estado interventor.⁷ Não se pode afirmar que o Estado *gendarme* brasileiro chegou a ocupar uma postura passiva pura semelhante à preconizada pelo modelo europeu continental.

Além disso, e por mais que muitas vezes se pretenda atualmente tratá-lo por um “Estado Regulador”, ele permanece incidindo diretamente na esfera econômica, numa intensidade e extensão que subtrai razão às mudanças. Há uma constante (re)inserção do Estado na economia ativa e uma reiteração de condutas ainda mais agressivas aos conceitos clássicos de livre concorrência e livre mercado. Contraste criado pelo próprio Estado, que há muito deixou de apenas atuar nos limites admissíveis de um regime jurídico-constitucional que celebra a autonomia privada e a liberdade de iniciativa – fato a respeito do qual há vinte anos ORLANDO GOMES escreveu o seguinte:

“[...] A intervenção do Estado na área econômica não se realiza somente em caráter subsidiário ou nos setores da iniciativa privada muito onerosos para os particulares, ou apenas para criar a infra-estrutura que a atividade empresarial necessita; caracteriza-se cada vez mais como participação direta no processo produtivo da riqueza, quando finge estar a defender interesses gerais, mas, em verdade, está se integrando no sistema.

“Nesse modelo econômico, o comportamento do Estado caracteriza-se por duas diretrizes paradoxais: 1^a) na sua política legislativa, limita a autonomia dos particulares; 2^a) na sua atividade econômica, serve-se

⁷ Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO: “a penosa constatação é a de que o Brasil chega a pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal, nem muito menos moderno” (“Crise econômica e direito constitucional.” *RTDP* 6/32. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 39). Igualmente, ALBERTO VENÂNCIO FILHO (*A intervenção do Estado no domínio econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 25) e WALDEMAR FERREIRA (*História do direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954, p. 37/92). Significativa é a observação de BRESSER PEREIRA, para quem a economia brasileira “praticamente saltou a etapa competitiva do capitalismo industrial e tornou-se uma sociedade capitalista monopolista de Estado, caracterizada pela predominância das grandes empresas nacionais e multinacionais e do grande Estado regulador e produtor.” (*Economia brasileira: uma introdução crítica*. 3^a ed. São Paulo: Ed. 34, 1998, p. 19). E mais adiante: “No período primário-exportador, entre 1808 e 1930, o Estado Oligárquico é anti-industrializante, uma imitação mal feita do Estado do *laissez-faire* europeu.” (ob. cit., p. 64).

dos instrumentos jurídicos próprios da atividade particular e age como as empresas privadas.”⁸

2.4 A modificação ampliadora do Direito Administrativo

Em suma, um Direito originalmente vislumbrado para *limitar* o poder público transformou-se num avantajado conjunto de normas, operando como que numa antítese: ao pretender restringir tão amplamente o poder público em tantas áreas e setores, aumentou qualitativa e quantitativamente as competências estatais e potencializou a criação de recíprocas limitações às pessoas privadas.

Especificamente no que diz respeito à economia, o Estado-Administração nela interveio sob inúmeras roupagens, máxime através de normas de ordem pública. Assim foi construído e alargado o Direito Administrativo da Economia brasileiro – tornando essa disciplina regente de ampla maioria das relações econômicas (muitas das quais desenvolvidas apenas por sujeitos privados).

No último decênio, esse núcleo central vem sendo objeto de mutações e mitigações (quantitativas e qualitativas), derivadas da positivação de normas e conceitos com características não exatamente tradicionais, oriundos que são de países detentores de sistemas normativos estranhos à história da evolução jurídica brasileira.

LUÍS ROBERTO BARROSO sintetiza as “três transformações estruturais” oriundas das reformas econômicas brasileiras pós-1995: (i) a primeira foi a transformação substantiva da ordem econômica através da extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro (EC nº 6 e EC nº 7, ambas de 15/8/1995; EC nº 36, de 28/5/2002); (ii) a segunda “linha de reformas que modificaram a feição da ordem econômica brasileira dos a chamada *flexibilização dos monopólios estatais*”, nos setores de gás canalizado, telecomunicações,

⁸ “Direito e ideologia”, in *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1983, p. 10.



radiodifusão, petróleo e gás natural (EC nº 5 e EC nº 8, ambas de 15/8/1995; EC nº 9, de 9/11/1995); (iii) a terceira foi a privatização implementada pelo PND – Programa Nacional de Desestatização, que implicou a alienação “do controle de entidades estatais, tanto as que exploram atividades econômicas como as que prestam serviços públicos” e “a concessão de serviços públicos a empresas privadas” (Lei 8.031/1990, substituída pela Lei 9.491/1997; Lei 8.987/1995 e Lei 9.074/1995).⁹

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, as Emendas Constitucionais de nº 5/95 a 8/95 significam uma “radical modificação produzida na Constituição Econômica”, pois “A extensão dos efeitos da reforma constitucional deriva da natureza da Constituição e dos princípios que regem sua interpretação e aplicação. Alterar alguns dispositivos produz modificações muito mais extensas do que a simples substituição das regras revogadas.” Tais modificações profundas são assim classificadas pelo autor:

1. *Ampliação da margem de exploração empresarial* – a alteração dos limites constitucionais através da ampla transferência da exploração de serviços públicos ao setor privado autoriza a utilização de métodos empresariais em sua exploração e o exercício de tais atividades visando à obtenção de lucros (diretos ou através de subsídios públicos);
2. *Modificação da estrutura tributária* – ao se retirar da prestação de determinadas atividades econômicas (transferindo-as aos particulares), o Estado reduz os seus gastos e incrementa a carga fiscal (a comunidade passa a arcar diretamente com os custos da atividade, ao lado dos tributos que permanecem íntegros);
3. *Abertura do mercado nacional* – através da supressão da “empresa brasileira de capital nacional” e dos tratamentos preferenciais para os brasileiros. Não mais existe distinções entre sociedades brasileiras, pouco importa a nacionalidade de seus controladores.¹⁰

⁹ “Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. *RDA* 229/285. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2002, p. 288 ss. O autor também desenvolve tais ideias em “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico.” *RTDP* 18/88. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 92/94.

¹⁰ “Empresa, Ordem Econômica e Constituição”, *RDA* 212/109. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998, p. 123/127. Contudo, para EROS ROBERTO GRAU, “A ‘reforma constitucional’ operada a partir de 1994, inicialmente como ‘revisão’, não comprometeu as linhas básicas da *ordem econômica na Constituição* de 1988.” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 155).



São concepções que, num extremo, pretendem retirar a ação do Estado-Administração em muitos dos cenários onde ela foi célebre. Noutro extremo, tais concepções podem implicar um desfazimento da configuração original do modelo centralizador federal do Estado. O que também gera desdobramentos no próprio conceito de intervenção e regulação pública da economia.

2.5 A velocidade das mudanças

Antagonicamente ao modelo desenvolvido a partir da década de 1930, pode-se afirmar que essa nova concepção do relacionamento do Estado com a ordem econômica foi instalada de supetão.¹¹

Lembre-se de que mesmo as mais radicais alterações da Ordem Constitucional brasileira mantiveram a proposta oriunda da Revolução de 1930, especialmente como positivada na Carta de 1934: o Estado a intervir e regular ativamente a economia; o domínio econômico e a livre iniciativa preservados, mas com reservas de setores nacionalistas/desenvolvimentistas e investimentos públicos significativos. Tudo isso unido a uma centralização do Poder Executivo federal como o grande regente da economia nacional (gerando algumas peculiaridades inerentes ao nosso federalismo), ao lado da hierarquização e controle tutelar de toda a estrutura administrativa.

Tal estado de coisas foi preservado (ou acentuado) pelas Constituições de 1937 e 1967 (depois, EC nº 1/1969) – oriundas de golpes “revolucionários” os quais mantiveram íntegra a concepção integradora/subordinadora entre o Estado e a economia. O que pode ser sintetizado na lição de TITO PRATES DA FONSECA: “Quando a Constituição de 1937

¹¹ Essa “pressa histórica” é destacada por ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE M. WALD, com uma abordagem mais ampla acerca do ritmo das transformações do século XX (*O direito de parceria e a lei de concessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5/22 – com análise da interação entre Direito e economia nestes tempos de evolução em “progressões geométricas”).



estatue – artigo 73 – que o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, superintende a Administração do país, isso significa que as atividades dos órgãos não destinados a legislar e julgar ficam subordinadas à direção suprema do chefe da Nação.”¹² Ao seu tempo, RAUL MACHADO HORTA aponta que a Constituição de 1967 estava “voltada para o fortalecimento do Poder Executivo e da autoridade do Presidente da República.”¹³ Em ambos os períodos, com sérias repercussões na intervenção estatal no domínio econômico.

Mesmo em períodos de brutais rupturas da ordem institucional e do panorama legislativo (através de Cartas impostas *manu militari*), preservaram-se a centralização interventiva e os poderes da Presidência da República. Pouco democrático, mas na mesma linha do “liberalismo estatal” ou “liberalismo interventivo” que caracterizou as Cartas brasileiras. Continuidade histórica que foi rompida depois de 1995.

A fim de demonstrar a ruptura, bastam dois exemplos recentes, oriundos das agências reguladoras independentes (instaladas de uma só penada). O primeiro deles diz respeito à sua própria independência (ou autonomia) e à ausência de subordinação hierárquica ou controle tutelar por parte da Administração central.

O segundo relaciona-se com o mandato estável dos conselheiros das agências (especialmente algumas das federais) e a impossibilidade de a Presidência os exonerar *ad nutum*. O mandato dos conselheiros resiste à eleição do Presidente da República.¹⁴

¹² *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 72. WALDEMAR FERREIRA (*História do direito constitucional brasileiro*, cit., p. 102/104) e RAUL MACHADO HORTA (*Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 59/60) criticam essa característica do presidente que podia, inclusive, desfazer as declarações de inconstitucionalidade dos Tribunais (Constituição de 1937, art. 96, par. ún.).

¹³ RAUL MACHADO HORTA, *Estudos de direito constitucional*, cit., p. 64. No mesmo sentido, mas sob outra abordagem acerca da consolidação de um “Executivo forte” na Carta de 1967/69, v. ROBERTO CAMPOS, “A opção política brasileira”, in ROBERTO CAMPOS e MARIO HENRIQUE SIMONSEN, *A nova economia brasileira*, Rio de Janeiro: José Olympio, 1974, p. 223/257.

¹⁴ Esses temas deram margem a ampla polêmica doutrinária e merecem ser aprofundados em LEILA CUÉLLAR (*As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 91/102), MARÇAL JUSTEN FILHO (*O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 412/435), CARLOS ARI SUNDFFELD (“Introdução às agências reguladoras”, in CARLOS ARI SUNDFFELD



Já não se está diante de um Executivo monolítico, detentor de uma autoridade suprema e soberano em largas fronteiras econômicas, a estabelecer e controlar o funcionamento do todo da Administração federal ao longo do seu mandato, em especial no que diz respeito à Ordem Econômica.

As recentes reformas são radicais e foram implementadas em muito pouco tempo. Ocorre que, apesar de a compreensão de tais alterações não excluir o cerne do conceito tradicional do Direito Administrativo, atenua e modifica sobremaneira o seu âmbito e a forma de sua incidência.

2.6 Breve ressalva analítica e conclusões parciais

A análise atual de fenômenos contemporâneos é muito mais árdua e parcial. Por um lado, ainda não se deu a estabilização do novo, mas uma confluência de ideias estranhas e muitas vezes incompatíveis com o sistema que havia se consolidado na História. Por outro, aquele que vive tais mudanças é também parte delas (seja como sujeito, seja como objeto).

Logo, o estudo do presente é abalado pelas incertezas inerentes a qualquer mudança (ademais se radical e veloz, como a que se opera desde meados da década de 1990). A conjugação de um futuro incerto a um passado desfeito tornam fluido o presente, algo próximo da inexistência – vez que não há uma nítida linha de continuidade que dê substância ao que hoje se passa. Quem sabe daí derive a tamanha gama de divergências e inconsistências doutrinárias: muitas vezes rejeitam-se ou se acolhem as mudanças sem mais, ante a ausência de um foco de continuidade que a elas conferisse consistência histórica e as tão perseguidas “estabilidade e segurança” do sistema jurídico.

(coord.), *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17 ss.), ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (*Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 264/275), MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (*Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 226/231 e 235/239) e PAULO ROBERTO FERREIRA MOTTA (*Agências reguladoras*. Barueri: São Paulo, 2003, p. 117/121).



Com isso não se está a defender a existência de um inédito conflito entre a estabilidade característica do passado em face das incongruências experimentadas no presente. Não se está advogando uma espécie de nova fase histórica do Direito (em sentido amplo), caracterizada pela instabilidade e insegurança. O que se tem é um ritmo muito intenso de mudanças radicais específicas do Direito Administrativo da Economia. Alterações que não fazem parte de um passado (nem recente, nem remoto), cujas características se tipificam nessa disciplina.¹⁵

A fim de confirmar a tese, basta um exemplo genérico, oriundo da comparação com outra disciplina: o Código Civil de 1916 foi revogado em 2002, depois de mais de 25 anos de tramitação do respectivo projeto de lei. Consolidou paulatinamente uma nova visão do Direito Privado, adaptando-o aos novos tempos. Em contrapartida, o Direito Administrativo nem sequer de um código dispõe e suas novidadeiras agências reguladoras surgiram com intensidade proporcional à incongruência entre os modelos.¹⁶

Note-se que essa perplexidade vivida pelo Direito Administrativo é enfocada em quase todas as teses constantes deste trabalho. O instante histórico que ora se vive é caracterizado por tal instabilidade. (Muito mais fácil seria simplesmente acolher ou rejeitar as metamorfoses. Porém, tais alternativas não configurariam uma tese, nem mesmo um desafio.)

¹⁵ Vale a nota de que há temas *semelhantes* a fenômenos do passado, como as agências independentes e os Conselhos dos governos VARGAS ou os Grupos de Trabalho do governo KUBITSCHKE. Nesse sentido, PEDRO DUTRA (“Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo?”, in *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 23/34, e “Agências reguladoras: reforma ou extinção?”, *RDPE* 3/187. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003) e EDSON NUNES (“Agências regulatórias: gênese, contexto, perspectivas e controle”, *RDPE* 2/166, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003). Mas isso não altera as conclusões acima lançadas.

¹⁶ A respeito da (des)codificação do Direito, v. ORLANDO GOMES, “A caminho dos microsistemas”, in *Novos temas de direito civil*, cit., p. 40/50. Sobre a codificação do Direito Administrativo, v. CARLOS S. DE BARROS JÚNIOR (*Compêndio de direito administrativo*, vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1972, p. 123/135) e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (“A Administração pública e a revisão constitucional”, *RDA* 187/48. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1992, p. 71/79). Acerca da inconsistência entre os inúmeros modelos de autoridades administrativas independentes brasileiras (e nomenclatura), v. MARÇAL JUSTEN FILHO (*O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 340/344) e LEILA CUÉLLAR (*As agências reguladoras e seu poder normativo*, cit., p. 75/87). Em Portugal, há um projeto de “Lei-Quadro”, da autoria de VITAL MOREIRA e FERNANDA MAÇÃS, uniformizando o cenário das autoridades reguladoras independentes (*Autoridades reguladoras independentes*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003).



A seguir será feita uma breve apresentação quanto a conceitos primários do Direito Administrativo, suas concepções tradicional, hodierna e respectivas mutações. Isso com especial enfoque na ascensão, declínio e queda anunciada do regime que rege as relações entre o Estado brasileiro e a economia.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ANÁLISE DO EIXO CENTRAL DE UMA DISCIPLINA EM EVOLUÇÃO

O Direito Administrativo pode ser compreendido como o conjunto de princípios e regras que disciplinam o relacionamento do Estado, no exercício da função administrativa, com as pessoas privadas e o funcionamento interno da Administração Pública. Trata-se da disciplina jurídica de uma atividade estatal, em que o Estado-Administração atende concretamente aos preceitos legais de forma complementar (e mesmo de ofício). A Administração Pública abrange o conjunto de agentes, órgãos e entidades que substancialmente exercem a função administrativa. Por fim, função administrativa é a atividade exercida pelo Estado (ou quem lhe faça as vezes), previamente fixada em lei, dirigida ao cumprimento dela e exercitada visando ao atingimento do interesse público nela definido.

Isso não importa dizer que o Direito Administrativo é uma disciplina estática, firme e imutável. Não se trata de algo incontroverso no tempo e no espaço. Cada país tem o seu Direito Administrativo, com as características que a sua tradição construiu ao longo da História. A contemporaneidade de cada um dos Direitos Administrativos resulta de sua própria ascensão histórica. À parte os momentos revolucionários (a Revolução Francesa é o exemplo inescapável), os países experimentam uma paulatina evolução e vão, aos poucos, construindo o seu próprio Direito Administrativo.

Vale a lembrança à preciosa imagem popperiana construída por AGUSTÍN GORDILLO: o Direito Administrativo é um direito em formação, sujeito a constantes conjecturas e refutações. “Justamente porque é um direito em *formação*, como geralmente se expressa, ou um direito *jovem* ou *recente*, como também já se disse, nem sempre resulta convincente em suas construções. Suas hipóteses e conjecturas resultam frágeis ante o contraste da experiência, na medida em que os princípios explicados nos livros, como derivação razoada do direito legislado e aplicado pelos tribunais, não levam a uma administração



respeitosa dos direitos e que a arbitrariedade administrativa subsiste a despeito, ou ao amparo, das teorias. Novas conjecturas e hipóteses são assim constantemente necessárias.”¹⁷

3.1 A juventude de uma disciplina essencial ao Estado de Direito

A juventude universal do Direito Administrativo (o seu registro histórico consensual é a Revolução Francesa, de 1789¹⁸) faz com que essa ciência, quando muito, ainda esteja no início de sua idade adulta. Ao contrário de outras disciplinas (p. ex., o Direito Civil, que se reporta a muitos séculos de existência e contempla uma homogeneização de conceitos), o Direito Administrativo permanece construindo as suas ideias básicas, referidas às particularidades de cada um dos sistemas jurídicos.

Depois de um nascimento revolucionário violento (lembre-se do conceito marxista da violência como a “parteira da História”), de uma infância traumática (em que tentava se descobrir em meio a um mundo oriundo do *Ancien Régime*, não sendo acolhido nem amado pelos ancestrais) e de uma adolescência conturbada (quando, através da jurisprudência francesa, promoveu a sua autoafirmação através da rejeição aos atos dos soberanos que o criaram), o Direito Administrativo ainda não chegou à maturidade. Ao que tudo indica, ele agora enfrenta uma crise de identidade, parecendo estar à procura de arquétipos de um inconsciente coletivo global, que estabilizem a sua cognição e evoquem uma solução universal.¹⁹

¹⁷ *Tratado de derecho administrativo*, t. 1. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. V-8.

¹⁸ Há doutrinadores que contestam essa data e outros que constroem uma teoria da “pré-história” do Direito Administrativo. Por todos, CARMEN CHINCHILLA MARÍN, “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo” (in CARMEN CHINCHILLA, BLANCA LOZANO e SILVIA DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1992, p. 19/57).

¹⁹ A metonímia é inspirada em VASCO PEREIRA DA SILVA que, com amparo em CASSESE, define o nascimento do Direito Administrativo no *arrêt Blanco*, de 1873: “Não se pode dizer que este ‘episódio triste’ [...] tenha sido uma ‘boa estreia’ para o nosso ramo de direito. Criado mais com o objetivo de assegurar a primazia da Administração do que preocupado com a protecção dos particulares, o

Muito se discute e bastante se desenvolve em torno dos ecos de seus conceitos nodais (ato administrativo, serviço público, servidor público, discricionariedade, sanções administrativas etc.). Porém, não há uniformidade, certezas e estabilidade. Mesmo porque tais conceitos vêm sendo sucedidos e substituídos por ideias novas, muitas vezes excludentes daquilo que outrora ainda se tentava consolidar – quando não de direito, ao menos de fato (p. ex., serviço de interesse econômico geral *versus* serviço público; contrato de gestão *versus* ato administrativo complexo e/ou contrato administrativo; autarquia especial *versus* autarquia tradicional; autonomia e/ou independência *versus* controle tutelar).

Talvez seja justamente essa característica de um Direito em alvorada que torne o Direito Administrativo tão capaz para rápidas e inesperadas mudanças – quer em sede constitucional, quer em foro legal. Isso à parte do conteúdo de seu eixo central, que, conforme será visto abaixo, é susceptível de receber constantes e sérias pressões (políticas e econômicas).

3.2 As influências estrangeiras nos Direitos nacionais

Claro que nessa perene construção as influências alienígenas são inúmeras e muitas vezes inevitáveis (constatação que não é um exclusivo nem do Direito Administrativo nem do Brasil). Há uma influência recíproca dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, permitindo aos países absorver e desenvolver as experiências normativas alheias. Mas a regra é a de que os Direitos nacionais conhecem, são influenciados, adaptam e implementam tais modificações à luz do seu próprio passado e nos termos de sua Constituição.

Como asseverou SABINO CASSESE:

“As instituições não são, portanto, somente o produto de uma vontade, aquela do legislador. Elas são também o fruto de um passado (ou, melhor, de muitos passados, freqüentemente reinterpretados) e o



resultado da mistura de ordenamentos diversos, entre os quais são freqüentes importações e exportações.”²⁰

O importante está em que a construção dos sistemas normativos deve ser interna à soberania de cada país.²¹ A identidade e as características peculiares dessa formação são oriundas de extratos sociopolíticos próprios, pena de se caracterizar um Direito estranho em terras estranhas. Cada Estado tem (ou ao menos deveria ter) o seu próprio Direito Administrativo, oriundo de sua Constituição (uns mais democráticos, outros menos; uns mais sociais, outros menos; uns mais estáveis, outros menos... e assim por diante).

O que não se pode cogitar é de uma singela invasão abrupta do direito estrangeiro, rompendo barreiras ao pretender derogar sem mais os direitos nacionais mediante a implementação de soluções porventura ótimas em outros sistemas jurídicos (e sociopolíticos). Não basta, como frisou CASSESE, a *voluntas legislatoris*. Não é suficiente que o legislador queira implementar uma alteração sistemática no Direito, mas é imprescindível a observância da hierarquia constitucional e o respeito ao regime sociopolítico consolidado historicamente. Caso contrário, estar-se-á diante de uma ruptura próxima daquelas iminentes às revoluções.

O mesmo se diga em referência à influência doutrinária oriunda de escritos lançados em outros países, com regimes jurídicos, políticos e econômicos diversos dos brasileiros. Tempo e lugares diferentes devem dar margem a construções doutrinárias diversas, adequadas às premissas (implícitas e explícitas) dos respectivos sistemas. A comparação é perfeita e engrandecedora, pois sempre haverá alguns pontos em comum ou noções atemporais (ainda mais

²⁰ “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito” (in SABINO CASSESE (org.), *Tratatto di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, t. I. Milano: Giuffrè, 2000, p. 2).

²¹ Acerca das migrações jurídicas, v. OTÁVIO YAZBEK (“Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos”, in EROS GRAU e WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (orgs.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 540 ss.). Isso à parte dos conceitos de “soberania compartilhada” e “supranacionalidade” – temas estranhos à presente tese (por todos, FAUSTO DE QUADROS, *Direito das comunidades europeias e direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1991, p. 129 ss. e p. 336 ss.).



em tempos de globalização), mas se deve estar atento à preservação da identidade de cada um dos regimes jurídicos soberanos.²²

3.3 O sistema romano-germânico, o anglo-saxão e as influências no Direito Administrativo brasileiro

Apesar disso, nítido é que o Direito Administrativo europeu-continental é ascendente em relação ao brasileiro, sem que este descure da permanente influência do Direito norte-americano. As diferenças entre o sistema romano-germânico e o anglo-saxão não impediram a integração de ambos no Direito Administrativo brasileiro.

Nesse sentido, CAIO TÁCITO é assertivo: “O Direito Administrativo Brasileiro nasceu sob o signo da influência francesa”, para depois descrever com clareza que igualmente é “acertado anotar a presença definida de princípios e normas do sistema norte-americano das *public utilities* na evolução moderna das concessões de serviço público no direito brasileiro”, além das matérias de intervenção no domínio econômico, crimes contra a economia popular (legislação *antitrust*) e o sistema pessoal do serviço público (com a criação do DASP, em 1937).²³

²² Aqui é indispensável a menção às advertências quanto às funções e limites do Direito Comparado, sumariadas por TULLIO ASCARELLI em *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 35/46. Igualmente SABINO CASSESE alertou acerca de um vício da doutrina italiana de Direito Administrativo: “l’uso acritico e astorico della dottrina straniera: Otto Mayer e Forsthoff, Hauriou e Rivero e tanti altri vengono citati alla rinfusa, como se tra lo scritto dell’uno e quello dell’altro non corressero decenni, e talora secoli, no fossero accaduti rivolgimenti politici, cambiate costituzioni, mutati indirizzi politici, abrogate leggi, ecc.” (*Cultura e politica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1971, p. 70). Ou na leitura de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “Cumprir, pois, estar advertido contra o típico servilismo intelectual de povos periféricos em relação às metrópoles culturais, cujas produções jurídicas teóricas costumam ser havidas como as ‘verdadeiras’ e, destarte, reproduzidas acriticamente.” (*Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 310, nota nº 2).

²³ “Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro”, in *Temas de direito público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 13 e 19. O autor sublinha: “Não houve, certamente, transplante da instituição norte-americana [legislação *antitrust*, o Decreto-Lei 869/1938 e a Lei 4.137/1962], nem eram as mesmas as condições ambientais e históricas que motivaram, nos dois países, a proteção da concorrência e o combate aos monopólios. É inegável, porém, o subsídio que o legislador

Note-se que essa escolha não implica rejeição a outras influências, procedentes de outros sistemas jurídicos. O que se dá é justamente uma confluência que tende a unir e potencializar sistemas jurídicos oriundos de diversas cepas.

Lembre-se do conceito de *serviço público*, pedra angular do sistema jurídico francês de Direito Administrativo, que tanta influência tem no Direito brasileiro. A esse respeito, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que “a conceituação de serviço público adotada na França não é aplicável ao Brasil, ainda que se possa reputar, sob certo ângulo, que as concepções vigentes na Itália sejam muito próximas às adotadas entre nós.”²⁴

Outro exemplo é apontado por ODETE MEDAUAR, ao consignar que o conceito de *autarquia* “foi usado pela primeira vez pelo publicista italiano Santi Romano, em 1897, para identificar a situação de entes territoriais e institucionais no Estado unitário italiano.”²⁵ Por óbvio, isso não significa que as autarquias italianas sejam idênticas às brasileiras (ou às portuguesas ou às francesas). Nem tampouco que permaneceram com a mesma configuração jurídica ao longo do tempo. O que se deu foi a inserção, o desenvolvimento e a adaptação histórica e legislativa de institutos criados originalmente em outros países, com a positivação sob o regime jurídico próprio do Direito nacional – cada qual a seu tempo e no seu lugar. A autarquia brasileira tem características exclusivas, que tornam o seu regime jurídico singular.²⁶

brasileiro recolheu na moldagem e na vivência de mais de meio século de atuação, nos Estados Unidos, dos instrumentos de defesa contra as formas abusivas de concentração capitalista, em detrimento da liberdade de comércio e dos interesses dos consumidores.” (Ob. cit., p. 21).

²⁴ *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 17. O presente trabalho não tratará do conceito de serviço público, sua qualificação (jurídica e econômica) e dos debates que em torno dele se põem, especialmente no Brasil. Para um juízo comparativo entre os conceitos brasileiro e europeu, ver a doutrina de DINORÁ MUSETTI GROTTI (*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003) e a de MONICA SPEZIA JUSTEN (*A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003).

²⁵ *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 80. Acerca da evolução do conceito brasileiro de autarquias, originalmente as Caixas Econômicas eram *autarquias econômicas* que prestavam o *serviço público* de fomento e poupança (Decreto nº 24.427/1934). Desenvolver em RUY CIRNE LIMA (*Pareceres*, cit., p. 10) e A. B. COTRIM NETO (“Autarquias e empresas públicas.” *RDP* 20/48. São Paulo: RT, abr./jun. 1972).

²⁶ Acerca do tema, é imprescindível a consulta ao clássico estudo de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE

Talvez uma das características mais marcantes no Direito brasileiro seja justamente essa constante integração entre institutos originários de dois sistemas adversos: o romano-germânico (ou europeu-continental) e o anglo-saxão (ou *common law*). São sistemas que foram construídos à luz de técnicas jurídicas diversas (direito escrito ou *civil law* e direito consuetudinário ou *common law*), gerando normas e procedimentos que foram absorvidos pelo Direito brasileiro (imperando uma base romano-germânica).

Antes de ser uma disciplina com estreitos limites de fontes e influências, em sua evolução histórica o Direito Administrativo brasileiro sempre conviveu bem com institutos de ambos os sistemas. Mais recentemente, deu-se uma intensificação material e um aumento da velocidade cronológica da influência do sistema anglo-saxão (como que numa onda global). Os sistemas outrora antagônicos são hoje conduzidos a uma “convivência pacífica” em termos globais.²⁷

Contudo, e à parte de tais influxos, permanece viável a identificação de uma ideia-mãe a configurar a natureza essencial do Direito Administrativo. Concepção essa que se pretende fiel às suas origens históricas.

3.4 O “núcleo duro” do Direito Administrativo

O Antigo Regime – como assim ficou denominado aquele prévio à Revolução Francesa – poderia ser definido pelas máximas do “*L’État c’est moi*” e “*Le roi ne peut mal faire*”. O Estado era personificado no rei, que jamais errava. Não havia lindes ao exercício do poder real.

MELLO, *Natureza e regime jurídico das autarquias* (São Paulo: RT, 1967).

²⁷ Para uma visão perfunctória de ambos os sistemas e técnicas jurídicas, v. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito – introdução e teoria geral*, 4ª ed. Lisboa: Verbo, 1987, p. 126 ss. Acerca de tal conflito e união, v. o nosso “Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a ‘elaboração processual de normas’.” *RDPE* 2/221. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003. Uma defesa do Direito Administrativo inglês propriamente dito e sua comparação com o sistema francês pode ser vista em SPYRIDON FLOGAÏTIS, *Administrative law et droit administratif*. Paris: LGDJ, 1986.

O sistema jurídico não estava contaminado por qualquer mácula da ideia de eventuais restrições à ação ou imputação de responsabilidade ao soberano – sob qualquer ângulo que se as pudessem vislumbrar (internas ou externas ao Estado). Afinal, vigia o dogma de que tudo o que o rei concretizava era o ideal. Tratava-se de um conceito subjetivo de excelência: pouco importava o conteúdo e as consequências da ação, o expressivo era o sujeito que a realizava. Em sendo a atividade da realeza, por definição apriorística, sempre detentora de qualidades positivas ideais, não havia motivo para se cogitar de pautas e limites – muito menos controle ou responsabilização.

Afinal, o conceito central do sistema era a perfeição dos atos da realeza e a manutenção desse *status quo*, através da criação de um regime que tornasse o poder imune a questionamentos. O Homem (leia-se o Príncipe) era a medida e a razão de todas as coisas. O que deu nascimento ao que MANUEL AFONSO VAZ qualifica de “a utopia do Estado-de-Polícia”:

“A figura do Estado-de-Polícia baseia-se, com efeito, na defesa da racionalidade do poder do Príncipe. Essa racionalidade passa pela necessidade de destacar, frente à massa uniforme dos súbditos, um centro de poder que, pela sua posição cimeira, detenha a única visão isenta e independente capaz de harmonizar o posicionamentos dos indivíduos segundo os ditames da realização do bem comum, da ‘salus publica’. Está presente nesta construção a ideia barroca da harmonia do conjunto, tão cara ao espírito matemático e geométrico da época, assim como a ideia da necessidade de um poder soberano, presente, sobretudo, nos internacionalistas do séc. XVI.”²⁸

3.4.1 *A Revolução Francesa, o Estado Liberal e o Direito Administrativo*

Depois da Revolução Francesa alterou-se tal panorama. Em primeiro lugar, a Revolução importou o rompimento do regime anterior e a criação de uma nova concepção sociopolítica, inédita e ímpar até então. Surgiram os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, com a respectiva louvação da liberdade e igualdade entre os homens – instituídas formalmente através do princípio da

²⁸ *Direito económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990, p. 17/18.

legalidade. Nas palavras de FÁBIO KONDER COMPARATO, tão radicais foram os efeitos da Revolução Francesa que se alterou o próprio conceito da palavra *revolução*:

“Desde então, o termo passou a ser usado para indicar uma renovação completa das estruturas sociopolíticas, a instauração *ex novo* não apenas de um governo ou de um regime político, mas de toda uma sociedade, no conjunto de relações de poder que compõem a sua estrutura.”²⁹

Essas características ímpares e o caráter exemplar da Revolução Francesa são destacados por AVELÃS NUNES, ao firmar que a via revolucionária destruiu a propriedade feudal (e respectivas sujeições) e criou condições para que a liberdade individual assegurasse a liberdade econômica – averbando que:

“Se a esta alteração das estruturas econômicas e sociais acrescentarmos que a Revolução, considerando todos os franceses livres e iguais em direitos e eliminando antigas autonomias e privilégios locais e regionais, consolidou a unidade nacional ainda imperfeita em 1789 e dotou a nação francesa com uma administração racionalizada e um aparelho de Estado moderno – se àquela alteração das estruturas econômicas e sociais acrescentarmos a alteração operada nas estruturas políticas, compreenderemos o significado da Revolução Francesa e a sua importância na criação de condições favoráveis ao desenvolvimento de novas relações sociais de tipo capitalista.”³⁰

A Revolução Francesa “marca o triunfo, no espaço europeu continental, de uma nova racionalidade, contraposta à do Estado-de-Polícia, e abre caminho à possibilidade de concretização de uma nova ordenação social e à teorização de um novo modelo de Estado – o modelo liberal.”³¹ Esse modelo significa o afastamento daquilo que outrora era representado pelo Príncipe na convivência social das pessoas privadas: o recém instalado Estado Democrático exclui o soberano do governo das relações socioeconômicas, que devem ser regidas com exclusividade pelos indivíduos livres e iguais.

²⁹ *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 111. Ainda sobre a Revolução Francesa, importante é a referência à obra de FRANÇOIS FURET e MONA OZOUF (*Dicionário crítico da revolução francesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989). A evolução histórica do Direito Administrativo francês pode ser vista em GRÉGOIRE BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. Paris: PUF, 2002.

³⁰ *Os sistemas econômicos*, cit., p. 113.

³¹ MANUEL AFONSO VAZ, *Direito econômico*, cit., p. 21/22.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, firma fortemente a supremacia da lei como expressão da vontade geral (ROUSSEAU) e o princípio da separação dos poderes do Estado (MONTESQUIEU). Ou, indo avante, na lição de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ acerca do conceito de Estado de Direito:

“Todas as funções do Estado – e a administrativa *in specie* – se devem realizar na forma do Direito e as normas do Direito são o quadro da actividade do próprio Estado. [...] Aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau do que Montesquieu. [...]

“Portanto: o Estado do Direito Público moderno é o Estado de Direito. A sua actividade realiza-se dentro de normas, e precisamente normas jurídicas; assim a Justiça como a Administração.”³²

A concepção de que a Democracia deveria ser oriunda de um sistema em que imperasse a *rule of law* celebrou a ideia de um Estado de Direito – aquele em que as normas são legitimadas pela participação popular quando de sua elaboração, qualificado pelo controle realizado por um órgão imparcial (Judiciário independente). Os cidadãos passam a deter uma gama de direitos, garantidos pelo Estado, deles dispondo na justa medida de sua conveniência: a livre formação da vontade individual deu margem ao engrandecimento do prestígio aos negócios privados e suas decorrências. Os textos constitucionais asseguravam tais garantias aos homens livres.

Conforme destacado por FÁBIO NUSDEO, as chamadas “Constituições-Garantia”:

“no capítulo dos direitos e garantias individuais, timbraram em assegurar o tripé, no qual se assentaria aquele sistema, ou seja, a propriedade privada, a liberdade de iniciativa, traduzida juridicamente no princípio da liberdade contratual, e a responsabilidade patrimonial assim entendida como o corolário da máxima *pacta sunt servanda*, ou seja, o patrimônio de cada homem responderia por todas as suas obrigações.”³³

³² “Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo”, in *Estudos de direito público*, vol. I. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989, p. 90/91. O pensamento rousseauiano acerca do conceito de legislador e do contrato social, bem como suas consequências para o liberalismo é analisado por ALLAN BLOOM no ensaio “Rousseau – the turning point” (*Confronting the Constitution*. Washington: AEI, 1990, p. 211/234).

³³ “A Ordem Econômica constitucional no Brasil”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 65/12. São Paulo: RT, jan./mar. 1987, p. 16.

Isso se deu também através do surgimento do Direito Administrativo, com a positivação em normas do comportamento do governante.

O que modificou a origem, compreensão e exercício do poder estatal: o princípio da legalidade fez com que a atividade administrativa do Estado recebesse parâmetros e finalidades estabelecidos pelos representantes do povo, disciplinando a atuação do governante e responsabilizando-o pelos desvios.

Na mesma medida em que se a rejeitava, invertia-se a racionalidade do sistema anterior: eram os cidadãos que determinavam o comportamento dos governantes, enquanto que estes deveriam se abster de interferências na esfera privada (pessoal e socioeconômica) daqueles. Controlava-se juridicamente o poder público, a fim de que ele não se intrometesse nas relações entre os homens livres.

A liberdade e a igualdade não apenas tornaram incompatível a atuação do Estado na economia, mas do mesmo modo isolaram os homens entre si. Cada qual passou a desenvolver a sua atividade econômica individual às suas próprias custas. A formação de pequenas e médias unidades empresariais assim o permitiu. Inclusive, a proibição da constituição de corporações profissionais acentua esse isolamento entre os cidadãos: não era possível a instalação de entidades supra-individuais, que representassem os interesses de seus associados. Cada um valia de per si, na relação com os demais e com o Estado. No ensinamento de VITAL MOREIRA:

“Juntamente com o estabelecimento da liberdade de comércio, indústria e profissão – outra das medidas da revolução liberal –, a proibição dos corpos profissionais, bem como do papel de regulação que eles haviam possuído no ‘antigo regime’, constitui a trave mestra da ordem burguesa originária.”³⁴

³⁴ *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 11. O autor transcreve parte do relatório da Lei de Le Chapelier, que proibia a criação de quaisquer associações: “Não haverá corporação no Estado. Existirá apenas o interesse particular de cada indivíduo e o interesse geral. A ninguém é permitido inspirar aos cidadãos um interesse intermediário, separá-los da coisa pública por um espírito de corporação.” (Ob. e loc. cit.). Dispositivo reproduzido no art. 179, § 25, da Constituição Imperial do Brasil, que tratava da liberdade do trabalho ou indústria. Cf. JOSÉ ANTONIO PIMENTA BUENO, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p. 393/394.



Assim, em seu primeiro momento, o Direito Administrativo presta-se justamente a instrumentalizar essa exclusão do Estado da esfera privada (com efeitos sobranceiros na economia). Serve também à fixação da individualidade dos agentes privados como senhores de seus negócios, serviços e comércio. O que se deu basicamente através da lei, positivada pelos representantes do povo frente ao Legislativo (*L'Assemblée Nationale*). Um governo de leis, não um governo de homens.

Todavia, o Direito Administrativo não se destinou a conferir novos e maiores poderes aos governantes, nem tampouco a instrumentalizar os poderes outrora existentes. O princípio da legalidade não surgiu para ampliar ou legitimar o poder que antes havia, mas para o restringir ao primado da lei. A ideia básica girava em torno do conceito da celebração máxima da liberdade individual – construído contra o ideário do regime anterior.

A louvação à propriedade e autonomia privadas e à livre disponibilidade dos interesses e direitos dos particulares converteu o contrato numa categoria primaz das relações socioeconômicas, afastando o Estado de qualquer interação nesse campo. Os homens livres tomavam as suas decisões e as instrumentalizavam com autonomia através dos contratos (que deixaram de se prestar unicamente à circulação de riquezas, mas sim à sua legitimação, geração e gestão).

Em consequência, a concepção econômica que se firmou na época não cogitava de qualquer regulação jurídica que não aquela que, por abstenção e exclusão de terceiros alheios ao mercado, preservasse a iniciativa individual e a liberdade dos agentes como expressão da vontade geral do povo. A doutrina de MANUEL AFONSO VAZ é esclarecedora:

“Estado de capitalismo liberal, atomístico, individual, de concorrência perfeita, são, assim, expressões que se aplicam à realidade político-económica característica dos países onde, nos finais do séc. XVIII ou durante o séc. XIX, se verificou a revolução liberal, que teve a sua teorização, ao nível económico, nas obras dos clássicos ingleses J. Stuart Mill, Adam Smith, David Ricardo e do francês Jean Baptiste Say e se apossou, ao nível filosófico-político, da prefiguração do posicionamento Indivíduo-Sociedade-Estado manifesta no pensamento dos



enciclopedistas, mais concretamente, em Locke, Montesquieu e Rousseau.”³⁵

3.4.2 A exclusão do Estado do cenário económico liberal

Como não poderia deixar de ser, com o passar do tempo a consolidação de uma escola clássica da economia política deu origem à elaboração de uma teoria económica própria ao momento histórico vivido no século XIX, consolidando os ideais revolucionários franceses ao impacto sofrido pela economia depois da Revolução Industrial, como precisamente assinalou VITAL MOREIRA. “Os traços fundamentais desse modelo assentam em dois princípios: liberdade de empresa e liberdade de concorrência, reconduzindo-se a uma ideia geral de liberdade individual e do valor supremo da iniciativa individual para a ordem social.”³⁶

O que levou à exclusão de “terceiros” (leia-se o Estado) do cenário económico:

“Por isso mesmo, a economia se basta a si mesma, dispensando a intervenção de quaisquer factores a ela exteriores e, nomeadamente, aquela proveniente do estado. Este é a *altera pars* política da sociedade. Como dimensão diferente, não se confunde com ela nem nela deve intervir. A função do estado deve limitar-se à defesa da sociedade das ameaças ou agressões que a visem e ao exercício da polícia sobre as agressões que intentem pôr em causa a sanidade do corpo social.”³⁷

Essa incompatibilidade entre a liberdade económica e a ação do Estado fez com que a ordem jurídica da economia e o Direito Administrativo da Economia viessem a surgir apenas nas primeiras décadas do século XX. Não havia razão para que existisse nem mesmo um Direito Público da Economia num ambiente em que a economia era estranha ao Direito Público (bastavam as garantias oriundas do Direito Civil e do Direito Comercial). Daí a preciosa lição de

³⁵ *Direito económico*, cit., p. 23.

³⁶ *Economia e Constituição*, Coimbra: s/ed., 1970, p. 116.

³⁷ VITAL MOREIRA, *Economia e Constituição*, cit., p. 118/119.



GÉRARD FARJAT, para quem o Direito Econômico traduz a “antítese do modelo jurídico liberal”, cuja ordem pública econômica celebrava a “interdição ao Direito Econômico” e “tinha por objeto impedir o nascimento do Direito Econômico”.³⁸

Na verdade, o Direito Público da Economia, enquanto disciplina jurídica formal, derivará da gradativa cristalização do conceito do Direito Administrativo unida à necessidade imperiosa da intervenção do Estado no domínio econômico.

3.4.3 O Direito Administrativo e o controle do poder

O que o Direito Administrativo de primeira geração concretizou com firmeza foi a institucionalização da disciplina do exercício dos deveres do Estado-Administração. Já não mais se poderia cogitar de poderes oriundos da pessoa do soberano, mas de deveres originários da lei. Esse paradigma se tornou a principal característica da disciplina (enquanto norma e enquanto Ciência).

Assim, uma peculiaridade toda própria faz do Direito Administrativo uma disciplina universal: ser concebido como um controle institucionalizado, formal e material, da atividade público-administrativa – a transformar o que outrora poderia ser concebido como poderes do soberano em *deveres* da Administração. Esse é o seu eixo central, em torno do qual foram criados e gravitam os demais conceitos. É uma garantia das pessoas privadas quanto ao respeito de seus direitos, visando a impedir o arbítrio da Administração. A sua finalidade é tornar oficial e positivamente arraigado o exercício e o controle jurídico-institucional do poder administrativo do Estado.

Ora, num Estado Democrático de Direito, a Administração não pode se prestar a perseguir os adversários e ajudar os amigos. O Estado, que administra a moeda, cobra impostos e exerce o monopólio da violência, deve ter as

³⁸ *Droit économique*. 2ª ed. Paris: PUF, 1982, p. 707.

suas competências minuciosamente disciplinadas com vistas à obediência das regras e princípios jurídicos.

Não há zonas de não-direito ou vazios normativos nos quais poderiam ter espaço as puras “razões de Estado” (típicas de um Estado de Polícia). O Direito Administrativo implica “juridicizar” toda a atividade administrativa do Estado: simplesmente não há Administração Pública aquém ou além do Direito (e da lei). Eventuais desvios ingressam naquilo que GOMES CANOTILHO denomina de “Estado de não direito”: “aquele que identifica o direito com a ‘razão do Estado’, com o ‘bem do povo’, com a ‘utilidade política’, autoritária ou totalitariamente imposto.”³⁹ O “poder” administrativo do Estado nada mais é do que o dever definido pelo Direito.

Aliás, não será demais afirmar que essa concepção envolve a própria essência do constitucionalismo: “a primeira função de uma ordem político-constitucional foi e continua sendo realizada através de um sistema de limites impostos àqueles que exercem o poder político.”⁴⁰

As definições do Direito Administrativo, lavradas por célebres juristas em diferentes épocas e diversos sistemas jurídicos confirmam a assertiva. Com algumas variações, a preocupação essencial diz respeito à submissão do poder público ao Direito e à lei. Alguns exemplos merecem ser conferidos.

OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO define o Direito Administrativo como “o ordenamento jurídico da atividade Estado-Poder, enquanto tal, ou das pessoas de direito que façam as suas vezes, de criação e realização de utilidade pública, levada a efeito de maneira direta e imediata.”⁴¹

Essa ideia central é descrita por CAIO TÁCITO nos seguintes termos: “A juridicidade da administração pública é fruto do liberalismo político. Os direitos do

³⁹ *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999, p. 12.

⁴⁰ J. J. GOMES CANOTILHO, em trecho escrito a respeito da teoria do poder constituinte (*Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 71). Idêntica é a compreensão de FÁBIO KONDER COMPARATO (“Legitimidade do poder de reforma constitucional”, in *Direito público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 25 ss.).

⁴¹ *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 36.

homem geram os deveres do Estado. Nos regimes absolutos, o administrador – veículo da vontade do soberano – é, como este, irresponsável. A administração é, apenas, uma técnica a serviço de privilégios de nascimento. O estado de direito, ao contrário, submete o Poder ao domínio da lei: a atividade arbitrária se transforma em atividade jurídica.”⁴²

Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “é o ramo do Direito Público que disciplina o exercício da *função administrativa*, e os *órgãos que a desempenham*”, sendo que a função pública “é a atividade exercida no cumprimento do *dever* de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica.”⁴³ E mais adiante:

“o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. É ele que disciplina as relações entre a Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente.”⁴⁴

A definição do clássico juspublicista italiano V. E. ORLANDO contempla o Direito Administrativo como “o sistema daqueles princípios jurídicos que regulam a atividade do Estado para o atingimento de seus fins.” É o *poder que age*, dirigido à consecução de escopo juridicamente preestabelecido.⁴⁵

Para os ingleses WADE e FORSYTH:

“uma primeira aproximação para a definição do direito administrativo está em dizer que é a lei relacionada com o controle do poder governamental. Esse, em qualquer nível, é o coração da matéria. [...] O objetivo primário do direito administrativo, portanto, é manter os poderes do governo dentro de seus limites legais, tanto quanto proteger o cidadão contra o abuso.”⁴⁶

⁴² *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 1.

⁴³ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 27.

⁴⁴ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 40.

⁴⁵ *Principii di diritto amministrativo*. 4ª ed. Firenze: G. Barbèra, 1910, p. 20.

⁴⁶ *Administrative law*. 7ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, p. 4 e 5.



Igualmente aqueles juristas de cunho normativista puro entendem o Direito Administrativo como o conjunto de normas jurídicas que estabelecem e regulam o exercício do poder público compreendido na função administrativa do Estado. Um dos melhores exemplos é o austríaco ADOLF MERKL, que define o Direito Administrativo como “um produto da Constituição e das fontes jurídicas subordinadas a ela, e regra produtora da administração.”⁴⁷

Segundo a doutrina de LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, o porquê do Direito Administrativo está justamente no desequilíbrio das relações sociais às quais ele se aplica: pessoa privada *versus* Administração, perseguição de interesses particulares em contraste à satisfação do interesse geral. “O direito especial da Administração, o direito administrativo, é assim feito de prerrogativas e de sujeições, umas e outras estranhas ao direito privado.”⁴⁸

O também francês e sempre acurado PROSPER WEIL consigna o seguinte:

“O direito administrativo não procura somente assegurar à actividade administrativa a expansão que lhe permita realizar os seus fins de interesse geral. Tende também a proteger o indivíduo das ameaças de um poder sempre perigoso para os direitos e liberdades individuais. Historicamente, aí reside mesmo a primeira e principal inspiração de nossa disciplina (...) foi graças a ela que o francês é um cidadão e não um súbdito.”⁴⁹

O jurista português FREITAS DO AMARAL descreve o Direito Administrativo como:

“o ramo do direito público constituído pelo sistema de normas jurídicas que regulam a organização e funcionamento da Administração Pública, bem como as relações por ela estabelecidas com outros sujeitos de direito no exercício da actividade administrativa de gestão pública.”⁵⁰

⁴⁷ *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 114.

⁴⁸ *Traité de droit administratif*, t. 1. 15^a ed. Paris: LGDJ, 1999, p. 14 e 15.

⁴⁹ *O Direito administrativo*, cit., p. 105.

⁵⁰ *Curso de direito administrativo*, vol. I. 2^a ed., 5^a reimpr. Coimbra: Almedina, 2001, p. 130.

Para EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, apesar de ser:

“um Direito de natureza estatutária, enquanto se dirige à regulação das singulares espécies de sujeitos que se agrupam debaixo do nome de Administrações Públicas, subtraindo esses sujeitos singulares do Direito comum”, o “Direito Administrativo não é um Direito privilegiado. Junto aos privilégios, para mais ou para menos, que compõem o estatuto singular das Administrações Públicas, existe um quadro de garantias para os cidadãos, que tendem a perfilar uma situação de equilíbrio.”⁵¹

A referência a esse rol de doutrina não-homogênea presta-se a demonstrar a existência de um ponto comum na abordagem (não ao acolhimento das citas, despido das premissas do ordenamento e momento histórico em que foram lançadas).

Pode-se concordar ou discordar de cada uma das definições acima transcritas (total ou parcialmente), sem com isso se pretender que sejam mais ou menos valiosas. É viável agregar ou subtrair algum item ao significado, amoldando-o a um objetivo mais genérico ou a premissas mais específicas. Todos os conceitos têm os seus pressupostos e respectivas consequências. Dentre tantas outras, estes são passíveis de maior ou menor precisão e respectivo acolhimento (ou rejeição).

O essencial é a concepção da juridicidade como requisito à ação pública. Não há incertezas quanto à constatação de que a face dinâmica do poder estatal é definida pelo Direito Administrativo. É a competência originária do Direito, única capaz de ser exercida de fato pelos agentes públicos – exercício que se dá nos exatos lindes das normas jurídicas. Definição que logicamente impõe limites normativos ao poder, transformando-o desde a sua origem num *dever*: num Estado de Direito, o poder estatal é algo que já nasce dever. O Direito institucionaliza o poder das autoridades públicas (e de quem lhe faça as vezes), estabelecendo que o único poder a ser exercido seja aquele oriundo das normas jurídicas, legitimado pela busca dos fins previstos em lei.

⁵¹ *Curso de derecho administrativo*, vol. I. 8ª ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 37 e 56.

O Ordenamento Jurídico dispõe acerca de uma série de condutas a ser implementadas pelo Estado-Administração. São deveres normativos, que têm o poder atribuído aos agentes como instrumentos de consecução das finalidades legais: é o *dever-poder*. Na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’. Antes se qualificam como ‘deveres-poderes’, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações.”⁵²

Porém, não se olvide que o poder, mesmo aquele oriundo de normas jurídicas (configurando um dever positivado), contempla uma inegável tentação para ultrapassar as suas fronteiras. Quanto maior o poder, mais acentuada a tendência à ruptura. A criatividade humana é um constante desafio ao princípio da legalidade. Por isso a necessidade da contínua renovação e atualização dos controles institucionalizados (e o risco de sua ampliação desmedida). O que igualmente dá margem a um incessante alargamento do Direito Administrativo.

3.4.4 A atualidade da preocupação quanto aos deveres-poderes da Administração

Note-se que essa apreensão quanto à disciplina dos deveres-poderes da Administração, apesar de antiga, vem sendo acentuada nesta quadra histórica. Não se trata de algo pretérito e consolidado com estabilidade nas instituições.

Ao contrário: o alargamento das atividades conduzidas pela Administração Pública fez com que surgissem novas cogitações a respeito do controle dos deveres do Estado e de sua dimensão estrutural. A disciplina da atividade administrativa dinâmica do Estado é objeto de renovadas preocupações ante a exuberância de quem a exerce. A ampliação das garantias democráticas

⁵² *Curso de direito administrativo*, cit., p. 62/63.

tem como fundamento não só o avanço das instituições, mas também o abuso de quem exerce o poder público.⁵³

Os deveres de bem-estar atribuídos ao Estado (em sede constitucional e legal) deram margem ao surgimento de novas áreas de ação pública e correspondentes direitos dos cidadãos (com todos os desvios derivados dessa Administração engrandecida). A configuração hipertrofiada advinda do Estado do Bem Estar Social (ou Estado Providência), em que a Administração passou a adotar comportamento proativo – e mesmo a ser cobrada quando da omissão na prática de atos –, fez surgir as correspondentes controvérsias quanto ao papel dos deveres-poderes do Estado, sua dimensão e órbita de incidência.

Por um lado, há doutrinadores os quais adotam posição extremada e descrevem a existência de um “desgoverno” – não no sentido de ausência, mas sim de uma organização perversa que visa a dolosamente “governar mal”: “desordenar a sociedade, perturbando o seu desenvolvimento natural idôneo com bloqueios e desvios prejudiciais para o grupo e para os indivíduos.”⁵⁴ O Estado-Administração estaria preordenado a valer-se dos recursos jurídicos com o escopo de lesar o bem-comum. As prerrogativas da Administração prestar-se-iam a instrumentalizar o descumprimento à própria ideia de Direito.

Essa ideia de “desgoverno” e busca privada de regalias públicas comporta variações que podem se assemelhar à “teoria dos privilégios especiais” (*rent-seeking*) – que descreve a existência de agentes econômicos a procurar benefícios de rendas extraordinárias (extra-mercado), muitas vezes oriundos justamente de benesses governamentais (*v.g.*, monopólios e exclusivos concedidos pelo Estado, privatizações seguidas de lucros abusivos e descapitalização da empresa privatizada).

⁵³ O texto da Carta de 1988 é revelador desse fato: o fim do período militar fez com que a Constituição-cidadã aumentasse de forma significativa os direitos e garantias (individuais, coletivos e sociais). Esse resultado é usual quando da transposição de regimes autoritários, vez que as garantias sociais e os “direitos de nova geração” não surgem *sponte propria*, em mundos onde não há violações a direitos. Caso assim o fosse, seriam supérfluas.

⁵⁴ ALEJANDRO NIETO, *La ‘nueva’ organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 1997, p. 10. O autor vai além e consigna que “o desgoverno de Espanha se produz pela perversa intenção da classe política empenhada em que a coisa pública não funcione para assim poder saquear o país ao seu gosto; e

O *rent-seeking* envolve a atividade privada predatória da coisa pública, definida por CASS SUSTEIN como “a produção de riqueza por meio de esforços políticos tendentes a redistribuir recursos existentes; em vez de sua produção dar-se por meio da ação dos diversos mercados.”⁵⁵ O que implicaria aumento dos custos (muitos deles irrecuperáveis), agravamento na alocação de recursos, violação à livre concorrência e desvios advindos da intervenção governamental.

Isso à parte de concepções que defendem a necessária supressão do Estado do cenário socioeconômico, limitando-se ele ao mínimo do absolutamente indispensável. A liberdade política somente atingiria a sua plenitude num ambiente de total liberdade econômica – aquela dependendo desta. O crescimento e desenvolvimento da sociedade e dos indivíduos só seria possível caso o Estado se abstinhasse de intervir na economia (atuando apenas em matérias inevitavelmente essenciais, que, com o tempo, tornar-se-iam cada vez mais escassas).

Como que num retorno aos ideais do Estado Liberal pós-Revolução Francesa (atualizado à realidade econômica dos dias de hoje), sustenta-se que o Estado deveria deixar que os homens livres e iguais compusessem com plena liberdade os seus destinos, vez que todos disporiam de conhecimento adequado para gerir os seus próprios interesses egoísticos da melhor maneira possível. Liberdade, igualdade, propriedade e contratos – tudo imune à interferência do Estado – seriam as máximas desse sistema. Na medida em que os comportamentos econômicos são todos providos de uma racionalidade típica, quem assim não o faz é porque de fato não o deseja (inclusive no que diz respeito aos conceitos de *desemprego involuntário* e *desemprego voluntário*).

Logo, quanto menor a interferência do Estado na liberdade dos particulares, melhor o desenvolvimento das nações e das pessoas. Economistas e

para tal efeito provoca uma desorganização sistemática do aparato público” (ob. cit., p. 12)

⁵⁵ “As funções das normas reguladoras”, *RDPE* 3/33. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003, p. 61/62. Ampliar em VARIAN, *Intermediate microeconomics*. 5ª ed. New York : W.W. Norton & Company, 1999, p. 406 ss., VISCUSI, VERNON e HARRINGTON, JR., *Economics of regulation and antitrust*. 3ª ed. Cambridge: MIT Press, 2001, p. 85 ss., POSNER, *El análisis económico del derecho*. Mexico : Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 259 ss., e BRESSER PEREIRA, “Cidadania e *res publica* – a emergência dos direitos republicanos”, *RDA* 208/147. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1997.

juristas de escol discorrem acerca do Estado Mínimo – com significativas variações que vão desde a “morte do serviço público” (e o nascimento de seus sucessores privados) até a retirada total do Estado da economia.⁵⁶

Nítido é que o aumento da complexidade das relações sociais, unido ao crescimento da Administração, deu origem a controvérsias e soluções igualmente intrincadas. O avanço tecnológico e o contínuo aumento das demandas sociais geraram novas crises (sociais, econômicas e jurídicas), bem como as mais variadas propostas de solução. Muitas dessas propostas foram esquecidas ou atenuadas, porém outras tantas foram implementadas no mundo do Direito. Permanece importante a preocupação quanto à dimensão e ao exercício dos poderes estatais no domínio econômico.

3.5 Conclusões parciais

Em suma, são sérias e atuais as cogitações oriundas do cerne do Direito Administrativo: o exercício do poder público, seus limites e abrangência. O núcleo duro do Direito Administrativo diariamente experimenta novos desafios, em especial devido à multiplicação das relações sociais que envolvem a Administração Pública.

⁵⁶ Na economia, FRIEDRICH HAYEK (*The constitution of liberty*. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1960, e *The road to serfdom*. 50th anniversary ed. Chicago: Univ. of Chicago Press, 1994) e MILTON FRIEDMAN (*Capitalism and Freedom*. 40th anniversary ed. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2002). Para uma descrição do pensamento monetarista, crítica e contraste com a posição estruturalista, v. AVELÃS NUNES (*Teoria económica e desenvolvimento económico*. Lisboa: Caminho, 1988, p. 47/208). No plano jurídico, v. ARIÑO ORTIZ (*Principios de derecho público económico*. 2^a ed. Granada: Comares, 2001 – em especial a “Lección Decimoséptima”, em colaboração com LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO e denominada de “El nuevo servicio público”), PEDRO GONÇALVES (*A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 13/38) e JORGE LUIS SALOMONI (*Teoria general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999, p. 325 ss.). No Brasil, CARLOS ARI SUNDFELD questiona de forma ponderada a evolução e a utilidade atual do conceito tradicional de serviço público (“A administração pública na era do direito global”, in CARLOS ARI SUNDFELD e OSCAR VILHENA VIEIRA (coords.), *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 159 ss., e “Introdução às agências reguladoras”, cit.) e MARÇAL JUSTEN FILHO advoga a tese da “sobrevivência” do serviço público (*Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 36 ss.).



A juventude do Direito Administrativo torna algo precária a sua configuração global, possibilitando giros que permanentemente desafiam a própria progressão histórica da disciplina (compreendida tanto como feixe de normas como matéria científica). O que se acentua frente ao Direito Administrativo brasileiro, que desde a sua origem acostumou-se às mais diversas influências alienígenas.

Abaixo examinaremos um dos campos onde o exercício do dever-poder público é mais intenso e controverso: as relações entre o Estado e a economia.

4. DIREITO ADMINISTRATIVO E ECONOMIA

O poder estatal regido pelo Direito Administrativo desdobra-se em vários planos fáticos e lógico-jurídicos. Não é exclusivo de um grupo predefinido e duradouro de sujeitos ou relações (nem em seu polo ativo nem em seu polo passivo). Espalha-se por inteiro no sistema jurídico, em todos aqueles vínculos normativos em que há exercício de funções administrativas, e vem se alargando com o passar do tempo, fatos históricos, inovações tecnológicas e desenvolvimento socioeconômico. Tais variações não são apenas históricas, mas também geopolíticas: alteram-se de país para país e de regime político para regime político.

No sistema jurídico brasileiro, o Direito Administrativo tem importância superlativa. Envolve uma gama extraordinária de personagens e relações: os servidores e os serviços públicos; as licitações e os contratos administrativos; o exercício do poder de polícia administrativa; a improbidade administrativa; a administração indireta (autarquias, fundações e empresas estatais); o terceiro setor; as restrições públicas sobre a propriedade privada; a responsabilidade do Estado; os bens públicos; o processo administrativo; a intervenção pública na economia etc.

Assim, o Direito Administrativo brasileiro aplica-se tanto à Presidência da República como ao concessionário de serviços públicos ferroviários; tanto ao setor de telefonia digital como ao Poder Judiciário; tanto ao particular convocado para servir de mesário nas eleições como à diretoria do Banco Central do Brasil; tanto ao fiscal da Fazenda Nacional como ao Poder Legislativo; tanto à Caixa Econômica Federal como aos membros do Ministério Público e aqueles da Comissão de Valores Mobiliários... e assim por diante. Isso multiplicado pelas três esferas da federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), inclusive em seu relacionamento recíproco. Incide sobre todas essas situações e agentes, bem como o reflexo de suas decisões em face das pessoas privadas.

É manifesto que isso não significa sustentar uma *exclusividade* do Direito Administrativo, a supostamente expulsar as outras disciplinas jurídicas de seus domínios tradicionais. Além disso, há setores em que o Direito Administrativo é impertinente e/ou irrelevante: não tem incidência. A divisão analítica entre as disciplinas jurídicas envolve um esforço interpretativo, mas não implica o domínio da economia (pública ou privada) por um ramo singular do Direito. São muitos os ângulos pelos quais se pode analisar os fatos econômicos e a sua regulação jurídica.

Os muros entre as disciplinas jurídicas são meramente didáticos, ante a unidade institucional do sistema jurídico como um todo e a inter-relação normativa. As normas estão unidas e devem ser compreendidas de forma incindível. Não por acaso, JUAREZ FREITAS é incisivo ao afirmar que “qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e valores componentes da totalidade do Direito.”⁵⁷

Ao se fazer uma abordagem analítica de uma das disciplinas científicas do Direito, o que se pretende é enfeixar um conjunto de normas, descrevendo e conferindo a elas uma especial consistência oriunda de sua natureza jurídica (e dos vínculos por elas regidos), uniformizando as premissas hermenêuticas.

Desta forma, nítido é que, ao estabelecer tão numerosas normas para o comportamento do Estado-Administração em tantas áreas, o Direito Administrativo igualmente discipline a conduta das pessoas privadas (direta e indiretamente).

Como que num efeito sequencial dilatador, as pessoas físicas e jurídicas têm muitas de suas alternativas comportamentais ordenadas imediatamente pelo Direito Administrativo: os investimentos que podem fazer e como devem fazê-los; onde devem estacionar os seus veículos; o preço de alguns de seus produtos; os juros do mercado financeiro (os que podem ser cobrados, quem pode cobrá-los e a forma de seu cálculo); a emissão de seus títulos em bolsa

⁵⁷ *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 70.

de valores; como podem prestar serviços à Administração; quais os benefícios sociais que podem receber e em que medida (segurança, saúde, educação etc.); que roupa devem vestir em determinados locais; onde podem construir seus imóveis ou exercer determinados atos de comércio etc. A ampliação do Direito Administrativo fez com que a Administração se imiscuísse *in concreto* num extenso rol de vínculos com as pessoas privadas.

Mais uma vez, operou-se uma inversão na tradição liberal. Um Direito que se iniciou com lastro na criação de limites à ação dos governantes (oriundo de um cenário de plena liberdade e igualdade) transformou-se num conjunto de normas com incidência imediata no comportamento das pessoas privadas, instalando inúmeras *relações de subordinação*. A disciplina das fronteiras à ação do poder público converteu-se em instrumento para a restrição da conduta dos particulares. De uma celebração da ausência de limites aos homens livres e iguais, tornou-se a institucionalização de confins à ação privada (primordialmente no cenário econômico).

Ou seja: de há muito o Direito Administrativo não é mais um *Direito interno à Administração*, regulando apenas os limites ao seu funcionamento e o regime dos seus servidores. Nem tampouco é um *Direito do Estado*, que somente ordena os seus estratos internos e estuda as normas que o regem, desprezando os efeitos (imediatos e mediatos) de suas normas ante os cidadãos. Não é só uma disciplina orgânico-funcional, pois até mesmo “as normas orgânicas têm relevância jurídica externa, não interessando apenas à estruturação interior da Administração, mas também, e muito particularmente, aos cidadãos.”⁵⁸

Essa riqueza estrutural e conceitual do Direito Administrativo tem sérios desdobramentos no ângulo que se tentará examinar com mais clareza neste momento: o dever-poder do Estado-Administração em face da economia, compreendido como o liame jurídico que se põe entre a Administração e os agentes privados no exercício das relações econômicas (públicas, público-privadas, e privadas), a reger o comportamento de todas as personagens

⁵⁸ DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 133.



envolvidas nesse vínculo. Ou melhor: o exame das relações econômicas regidas pelo Direito Público, na específica condição de relações jurídicas.

4.1 O jovem descendente de uma disciplina em evolução: o Direito Administrativo da Economia

O Direito Administrativo ainda é uma disciplina nova e incerta. Nasceu há pouco tempo na História da Humanidade e ainda não definiu com precisão os seus limites e o seu conteúdo. Não existem lindes perfeitos, mas a constante sequência de expansões dilatadoras e retrações definidoras de uma disciplina em evolução: ao se alargar, o Direito Administrativo passa a atingir matérias e comportamentos dantes típicos de outras disciplinas ou mesmo não-normatizados; ao se retrair nesse domínio subjugado, firma a sua regência no essencial do campo recém conquistado.

Especificamente o que interessa a esta parte do trabalho é a compreensão do Direito Administrativo da Economia (ou, num sentido mais amplo, do Direito Público da Economia). Este sim é um jovem descendente, com menos de um século de existência – que gera intensos debates, inclusive quanto à sua denominação, à sua autonomia e às suas relações com as demais disciplinas jurídicas.

O enfrentamento da matéria exige um prévio – ainda que breve – posicionamento quanto à origem, denominação e conteúdo do Direito Administrativo da Economia.

4.1.1 A origem histórica do Direito Administrativo da Economia

A descoberta da disciplina jurídica das relações socioeconômicas que dizem respeito ao Direito Administrativo da Economia passa pelo exame mais



amplo do Direito Econômico propriamente dito e da inserção de normas jurídicas específicas, disciplinadoras da economia no mundo do direito (em particular no seio das Constituições).

FÁBIO KONDER COMPARATO sintetizou a compreensão da doutrina acerca da origem histórica de um Direito Econômico:

“O direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica da guerra e da economia.

“Até então, a guerra era uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão, e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação. A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete a seus fins todas as tarefas e ocupações, que interessa diretamente todas as classes sociais, sem exceção. Doravante, em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizadas pelo conflito armado [...]

“A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra.

“Daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras.”⁵⁹

Não que isso significasse uma ausência de relacionamento pretérito entre o Estado (e o Direito) e a economia. Mas fato é que a Primeira Grande Guerra gerou a conclusão de que a economia privada (e seus agentes livres) não poderia encarregar-se nem da despesa da Guerra nem das reivindicações sociais dela derivadas (trabalho, reconstrução, indenizações, sobrevivência dos familiares dos

⁵⁹ “O indispensável direito econômico.” RT 353/14. São Paulo: RT, 1965, p. 15. No mesmo sentido, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA (*Primeiras linhas de direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 48 ss.), VITAL MOREIRA (*Economia e Constituição*, cit., p. 135 ss.) e MANUEL AFONSO VAZ (*Direito econômico*, cit., p. 30 ss.). Acerca do período anterior, v. ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Direito público econômico*. Coimbra: Almedina, 1985, p. 36 ss.; PAULO OTERO, “Origem da intervenção econômica em Portugal: notas para uma História do Direito Público da Economia”, *RDPE* 4/169. Belo Horizonte: Fórum, out./dez 2003, e EDVALDO BRITO, *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 12/18.

combatentes etc.). Os custos e as demandas eram desproporcionalmente superiores às possibilidades da economia privada. Isto é,

“foi a guerra e o pós-guerra que definitivamente fizeram valer a intervenção económica do Estado, não apenas para regular o próprio funcionamento da economia, mas também para garantir a satisfação de determinados objectivos sociais, que a ‘questão social’ tinha posto em relevo (segurança social, segurança no trabalho, contratação coletiva, etc.).”⁶⁰

O Estado passou a intervir na economia durante a Guerra e intensificou tal intervenção no Pós-Guerra. Note-se que a assertiva não significa a inexistência de intervenções estatais na economia antes da Primeira Guerra Mundial (bastam os exemplos da tributação e da legislação *antitrust* para afastar quaisquer dúvidas a esse respeito). Trata-se antes de uma mudança de concepção política unida a uma positivação ativa da ideia de *Welfare State*, aos poucos encarnadas num específico feixe de normas jurídicas.

Situação que foi acentuada pela Grande Depressão da década de 1930, em razão da qual “A posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar no otimista ‘laissez faire’, ter-se-ia na prática um ‘laissez ne pas faire’. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado.”⁶¹

Logo ao início dos anos 1930, foi instalada uma fase intervencionista – a rigor adversa aos princípios liberais regentes da Revolução Francesa e consolidados na Revolução Industrial. Deu-se uma espécie de reaproximação e reapropriação pública da economia. O Estado passou não só a regular e evitar os desvios, mas também a agir economicamente e produzir bens e serviços. A economia tornou-se uma questão por demais importante (senão a mais importante delas) para ser deixada nas mãos livres das pessoas privadas.

⁶⁰ VITAL MOREIRA, *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 17.

⁶¹ FÁBIO KONDER COMPARATO, “O indispensável direito econômico”, cit., p. 16.

Com variações de Estado para Estado (regimes totalitários, regimes democráticos, fascismo, capitalismo, socialismo etc.), a integralidade da economia passou a ser uma questão do interesse da política pública superior, instaurando-se também a planificação e o planejamento econômico. A intervenção estatal envolvia não só o sistema tributário, financeiro e monetário, mas igualmente a participação direta, os incentivos, a fiscalização e o controle de toda (ou quase toda) a economia. De um mero espectador, alheio à dramaturgia econômica, o Estado tornou-se seu principal produtor, roteirista, diretor e ator.

Não há dúvidas de que um dos grandes doutrinadores responsáveis pelo desenvolvimento teórico da importância da ação direta do Estado na economia foi KEYNES, em cujas obras defendia a intervenção estatal como o principal modo de controle institucional dos ciclos econômicos e suas crises, bem como na distribuição da poupança, emprego e consumo (especialmente *The end of laissez faire*, de 1926, e *General theory of employment, interest and money*, de 1936). Como leciona AVELÃS NUNES:

“Desde a famosa conferência de 1924 sobre ‘the end of laissez-faire’ que Keynes advogou a necessidade de uma certa coordenação pelo estado do aforro e do investimento de toda a comunidade: ‘não se pode sem inconvenientes abandonar à iniciativa privada o cuidado de regular o fluxo corrente do investimento’, porque as questões relacionadas com a distribuição do aforro pelos canais nacionais mais produtivos ‘não devem ser deixadas inteiramente à mercê de juízos privados e dos lucros privados’.”⁶²

4.1.2 O “ponto zero” da intervenção

VITAL MOREIRA argutamente levanta a seguinte questão: se é irrecusável a convivência e o relacionamento entre Estado, ordem jurídica e

⁶² “Neo-liberalismo, globalização e desenvolvimento económico.” Separata do *Boletim de Ciências Económicas XVI*. Coimbra, 2002, p. 6. “Keynes não teve de esperar muito. A conversão de todos os jovens economistas britânicos e americanos começou logo após a publicação de *A teoria geral*, a política fiscal keynesiana começou a ser usada em 1940 nos Estados Unidos e em 1941 na Grã-Bretanha.” (ROBERT SKIDELSKY, *Keynes*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 108). Todavia, “Nos anos 80, Keynes, que até então era louvado por ter livrado o mundo do marxismo, se juntava a Marx como o Deus que fracassara” (autor e ob. cit., p. 128).

economia, “em vista de quê se pode falar de uma intervenção do Estado? A que situação de *não intervenção* há que referir a situação de *intervenção*?”

“Se o conceito de intervenção se torna necessário, o seu ponto de referência tem que ser precisamente a época histórica do liberalismo económico, do capitalismo de concorrência. Aí a função económica do Estado era praticamente inexistente: é esse o ponto zero da intervenção económica do Estado. Quando o Estado é chamado a actuar sobre o processo económico com o objectivo de o incentivar ou corrigir; quando actua segundo critérios e com objectivos político-económicos ou político-sociais e não apenas policiais; quando participa ele mesmo no processo económico, investindo, produzindo, isto é, transformando-se também em instância económica – aí começa a intervenção.”⁶³

Não se trata de um questionamento puramente histórico, mas quanto à materialidade jurídica da atuação do Estado na economia. Na mesma senda, a conclusão de FERNANDO FACURY SCAFF: “temos que o Estado contemporâneo somente pode ser considerado como intervencionista no domínio econômico se contraposto ao Estado Liberal, em que a intervenção também ocorreu, apenas que no ‘ponto zero’.”⁶⁴

Ou seja, não basta uma compreensão descritiva, pois há um momento em que se altera a substância do modelo jurídico do relacionamento do Estado com a economia. A Administração deixa de se comportar segundo um padrão jurídico específico e típico e passa a assumir condutas até então inéditas. Um marco em que o Estado abre mão de suas inibições e passa a interagir ativamente com os particulares (também na esfera econômica).

Antes, a regra era a de que a ordem jurídica não tratasse de economia. Se o fizesse, que o fosse para proibir a intervenção estatal naquele

⁶³ *A ordem jurídica do capitalismo*. 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 140 e 141/142. Mas o autor adverte que essa dissociação nada distingue entre os supostos “núcleos naturais” da intervenção e da não intervenção: “Intervenção e não intervenção têm a mesma natureza. [...] Mas é necessário admitir que a explicação do fenómeno das relações Estado-economia ficaria no vazio, a não se admitir em ambas as situações históricas – a do ‘Estado-guarda-nocturno’ e a do ‘Estado económico’ – a inseparabilidade do político e do económico e simultaneamente a sua (relativa) autonomia.” (ob. cit., p. 142). V. igualmente ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, *Agências reguladoras*, cit., p. 51 ss.

⁶⁴ *Responsabilidade civil do estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91. O autor nega qualquer “papel socializante” à intervenção, mas “muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal através da atenuação de suas características – a liberdade contratual e a propriedade privada dos meios de produção –, a fim de que haja a separação entre os trabalhadores e os meios de produção.” (ob. e loc. cit.).



âmbito ou reprimir os abusos individuais. Mas assim não o fazia (ao menos em seu início) como um escopo econômico puro – tratava precipuamente de explicitar objetivos vinculados à “ordem pública”. Isso caracterizava a ação econômica estatal.

O Estado *gendarme* se prestava a servir de garantidor de uma liberalidade econômica privada através da atividade de polícia repressiva (um acessório ao mercado). Caso se pudesse cogitar da intervenção estatal no domínio econômico, esta dava-se através do “poder de polícia” e era *negativa*: prestava-se a prevenir, proibir, fiscalizar ou reprimir determinada ordem de condutas dos particulares (preservando assim o direito à propriedade, contratos e liberdade empresarial). Nada mais do que isso.

A incidência das normas jurídicas ao mundo dos fatos da economia limitava-se a suprimir a ação do Estado nesse setor – e, quando esta fosse inevitável, que tivesse a natureza policial e punitiva. No momento da efetiva aplicação das normas, havia a aplicação de sanções punitivas.

Essa abstinência do Estado do cenário econômico deu margem ao desenvolvimento de regras internas aos detentores de poder econômico (em seu próprio favor). Não é à toa que as normas de Direito Mercantil são historicamente qualificadas como normas oriundas e protetoras de uma classe (*jus mercatorum*), de um extrato empresarial que se destacava na sociedade e desenvolvia esforços para defender os seus interesses e a sua livre esfera de atuação.⁶⁵

As regras mercantis foram subjetivamente criadas, fruto dos costumes e autonomia dos comerciantes, e aplicadas em favor dos sujeitos que exerciam atos de comércio. O interessante está em que o *jus mercatorum* “derivou não apenas da circunstância de que a classe mercantil pretendia fazer prevalecer seus próprios interesses. Era imperioso considerar a ausência de

⁶⁵ Por todos, TULLIO ASCARELLI: “o direito mercantil (...) se afirma como especial (...), isto é, como criador de princípios e instituições, suscetíveis depois de aplicação geral; nascido do corporativismo mercantil e fruto de uma elaboração particular no âmbito de uma classe, encontra sua justificação na constituição de um instrumento jurídico para uma melhora efetiva do ordenamento do tráfico, o que equivale a dizer para um aumento da utilidade dos diversos bens.” (*Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Barcelona: Bosch, 1964, p. 45).

Estados nacionais suficientemente estruturados para impor uma ordenação legislativa efetiva.”⁶⁶ Recorria-se ao Estado apenas para garantir o direito de propriedade, a estabilidade do tráfico mercantil e a *pacta sunt servanda* (com a consequente responsabilidade civil dela oriunda).

A passagem de um Estado garantidor, que tem por fundamento a prestação de tutela repressiva aos agentes que se desviam das regras, para um Estado promotor e estimulador do desenvolvimento social implica uma alteração substancial do relacionamento jurídico do Estado com a economia e autoriza o enfrentamento e o contraste entre os modelos do Estado de Polícia (Liberal) e o Estado Intervencionista. O Estado deixa de exercer apenas o “poder de polícia” que estabiliza e controla as relações sociais e passa a estimular mudanças.

A compreensão desse ponto zero exige um aprofundamento do conceito de poder de polícia. A clarificação de seu passado e de seus característicos auxiliará não só no entendimento das mudanças no relacionamento do Estado com a economia, mas também na rejeição ao conceito – e à expressão – “poder de polícia”.

AGUSTÍN GORDILLO realiza um alentado estudo da evolução histórica do conceito de “poder de polícia”, a corroborar a temática ora exposta. O autor indica que “desde a idade antiga até o século XV” o termo “polícia” designava todas as atividades estatais (o que advém inclusive da etimologia do termo: a *polis*, cidade-Estado grega). O século XI experimentou a desagregação das relações internacionais do núcleo do conceito, enquanto que no século XVIII excluiu-se também a justiça e as finanças. “Nesse momento ‘polícia’ designa o total da atividade administrativa interna – com exclusão das finanças – e consiste na faculdade estatal de regular tudo o que se encontra nos limites do Estado, sem exceção alguma; é o poder juridicamente ilimitado de coagir e ditar ordens para realizar o que se crê conveniente.”

Em seguida, a formulação de preceitos jurídicos reguladores da atividade do Estado, mais a doutrina e a jurisprudência, deram margem a uma

⁶⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO, “Empresa, Ordem Econômica e Constituição”, cit., p. 116.

redução do conceito. “Desta forma nasceu o conceito de que a essência da polícia era a luta contra os perigos realizada pelo poder de coação.” Luta contra os perigos que caracterizava toda a ação administrativa do Estado e, por óbvio, eliminava “expressamente a promoção do bem comum, as ações positivas tendentes a melhorar o existente, não simplesmente a mantê-lo estático.”⁶⁷

Por isso que ADOLF MERKL, atento a tais característicos, consignou que essa concepção autoritária nada mais era senão “uma transposição da hierarquia dos fins estatais aos fins administrativos, nos quais se vem a concretizar esses fins estatais abstratos. Junto com a guerra, a polícia figura como a manifestação mais patente de poder (...)”⁶⁸

Para GORDILLO, os seguintes caracteres eram típicos da concepção clássica de “poder de polícia”:

“Que somente se justifica a limitação dos direitos dos indivíduos nestes três casos (segurança, saúde, moralidade); que inclusive estes três casos legitimam a intervenção estatal somente na medida em que esta tenha por finalidade evitar ataques ou danos à comunidade; ou seja, que a ação estatal deve ser tão somente negativa: estabelecer proibições e restrições, porém não obrigações positivas a cargo dos cidadãos ou do próprio Estado.”⁶⁹

Torna-se evidente que tal concepção, e GORDILLO frisa isso, era congruente com a ideia liberal do Estado. Rememore-se que o liberalismo colocou o Estado como um garantidor da ordem e mero árbitro de conflitos individuais. Conforme a lição de CAIO TÁCITO: “À autoridade cabia somente um papel negativo, de evitar a perturbação da ordem e assegurar o livre exercício das liberdades públicas.”⁷⁰ Ou na definição proposta por MERKL: “aquela atividade administrativa

⁶⁷ *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. V-5/V-6. Ampliar a análise histórica e política, bem como a crítica ao conceito, em MERKL (*Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 315/363) e FERNANDO ANDRADE DE OLIVEIRA (“O poder do Estado e o exercício da polícia administrativa.” *RTDP* 29/71. São Paulo: Malheiros, 2000).

⁶⁸ *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 315.

⁶⁹ *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. V-7.

⁷⁰ “O poder de polícia e seus limites”, in *Temas de direito público*, 1º vol., cit., p. 522 e 523.

que mediante a ameaça ou o emprego da coação persegue a previsão ou desvio dos perigos ou perturbações da ordem.”⁷¹

Com o passar do tempo, passa a perder consistência o motivo lógico de a ação do Estado ser limitada por tal conceito, especialmente depois de haver uma reversão em tal cenário. Conforme descrito quando da menção ao “nascimento” do Direito Econômico, houve uma intensificação qualitativa e quantitativa na ação estatal, que deu margem a uma nova ordem normativa. O Estado passa a atuar *positivamente*, não se valendo apenas do “poder de polícia” para intervir na vida privada, nem tampouco nos estreitos limites compreendidos na sua formulação.

De qualquer forma, é importante reiterar que essa constatação faz-se à parte das normas de natureza fiscal. O Direito Tributário era inerente também ao Estado Liberal, mas não poderia ser considerado uma intervenção/regulação imediata da Ordem Econômica *stricto sensu*. Ainda assim, a atividade fiscal era um caso muito particular de interação estatal no domínio econômico: não envolvia uma disciplina do comportamento econômico das pessoas privadas, mas a cobrança de valores destinados à manutenção contábil da ordem pública. Rigorosamente, tratava-se de um acréscimo de custos aos particulares, sem a sofisticação do fomento ou subsídios que hoje ilustram a atividade fiscal do Estado.

Tanto isso é verdade que se cunhou o termo “extrafiscalidade” para designar a utilização de instrumentos tributários com a finalidade de realizar fins diversos do mero abastecimento dos cofres públicos.

Fato é que, uma vez institucionalizada e consolidada a ordem jurídica da economia, o arquétipo da ação estatal passou a ser outro. Depois de ultrapassado o “ponto zero”, o Estado mantém, com atenuações, as mesmas atribuições punitivas de outrora, agora acrescidas de um *plus* significativo: o dever ativo de promover intervenções no domínio econômico e social quando estas se façam úteis e necessárias. Intervenções que se tornam imprescindíveis ao próprio

⁷¹ *Teoría general del derecho administrativo*, cit., p. 316.

mercado concorrencial e ao todo da comunidade. Mais do que isso, com o tempo esse *plus* passa a desempenhar um papel principal e a repressão ocupa um segundo plano.

Apesar das modificações oriundas da onda global de liberalismo, privatizações e desregulação, essa configuração jurídica da relação Estado – cidadão não foi aviltada. O Estado permanece detentor de competências incisivas em relação ao domínio econômico (a leitura dos arts. 20 ss. e 170 ss. da Constituição brasileira prova à larga essa assertiva).

O perfil jurídico da atuação estatal frente à economia não foi reconduzido ao feitio policial pretérito. Note-se que GORDILLO também alerta para o fato de que “quando ao final do século XX se produz um retorno à privatização e desregulação, não se desanda o caminho do intervencionismo, apenas parte dele”, firmando que o Estado argentino ainda intervém quando menos nas seguintes áreas: *a)* tranquilidade pública (ruídos, espetáculos públicos etc.); *b)* confiança pública (pesos e medidas, propaganda etc.); *c)* economia pública (defesa do usuário e do consumidor); *d)* estética pública (regulação de Direito Urbanístico); *e)* decoro público (proteção aos bons costumes); *f)* seguridade social (aposentadorias, seguros etc.); *g)* proteção da minoridade (exploração, falta de tutela, consumo de bebidas alcoólicas etc.); *h)* diversão e entretenimento públicos; *i)* respeito ao âmbito de liberdade individual e *j)* liberdade de trânsito e movimento.⁷²

Desta forma, mesmo no século XXI permanece alterada a racionalidade do sistema normativo que havia sido consolidado nos séculos XVIII e XIX, num giro que transformou as relações jurídicas do Estado com a economia. A intervenção permanece excepcional, mas qualificada pelo seu caráter jurídico ativo, não exclusivamente policial (ou sancionatório punitivo). O Estado está

⁷² *Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. V-7/V-10. Ou na visão de um estranho à Ciência do Direito, que pode carregar mais nas tintas: “Na era das privatizações e do mercado livre, o dinheiro governa sem intermediários. Qual a função que se atribui ao estado? O estado deve ocupar-se da disciplina da mão-de-obra barata, condenada a um salário-anão, e da repressão das perigosas legiões de braços que não encontram trabalho: um estado juiz e policial, e pouco mais do que isso. Em muitos países do mundo, a justiça social foi reduzida à justiça penal.” (EDUARDO GALEANO, *De pernas pro ar*. 6ª ed. Porto Alegre, L&PM, 2002, p. 30/31)



proibido de adotar uma postura passiva/omissiva e deve assumir condutas ativas de promoção do bem-estar social. Circunscrito aos lindes deste momento histórico, ele permanece sendo um Estado Promocional, obediente a uma Constituição dirigente.

Logo, a natureza do conteúdo das normas jurídicas que qualifica a ação estatal é outra. O Direito Administrativo não é uma disciplina absenteísta, pois da Administração se exige um papel atuante na Ordem Econômica. O contraste que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO faz entre os antagônicos conceitos de serviço público e poder de polícia presta-se a demonstrar a tese ora esposada:

“Enquanto o serviço público visa a *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa a *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais.”⁷³

O poder de polícia deve hoje ser concebido no sentido proposto por JUAREZ FREITAS, ao consignar que “imperioso é repensar o poder de polícia administrativa ou a limitação administrativa como um exercício de um poder-dever subordinado aos princípios superiores regentes da Administração Pública, que consiste em restringir ou limitar, de modo gratuito e sobretudo preventivo, a liberdade e a propriedade, de maneira a obter, mais positiva do que negativamente, uma ordem pública capaz de viabilizar e de universalizar a coexistência das liberdades.”⁷⁴

A aproximação de um marco zero sob uma abordagem de Direito propriamente dita está na configuração da natureza jurídica das normas da Ordem Econômica. Permanecem sendo de ordem pública, mas deixam de ter um perfil típico do poder de polícia e das sanções punitivas (penais ou administrativas)

⁷³ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 623/624.

⁷⁴ “Do poder de polícia administrativa”, in *Estudos de direito administrativo*, cit., p. 61.



e passam a assumir a natureza de atos administrativos positivos, inseridos no cumprimento aos deveres de um Direito Constitucional dirigente (e as derivações desdobradas no Direito Administrativo, Direito Econômico, Direito Bancário, Direito do Consumidor... e assim por diante).

Em condensação, pode-se afirmar que o ponto zero do regime jurídico da Ordem Econômica do Estado interventivo está justamente nesse instante em que se modificou a natureza jurídica de tais preceitos normativos. O regime jurídico da não intervenção era caracterizado exclusivamente por normas de polícia administrativa (fiscalizadoras, controladoras e punitivas). Já o regime jurídico da intervenção é caracterizado também por normas de polícia administrativa, mas estas tornam-se coadjuvantes ante as normas de fomento, benefícios sociais, estímulo à concorrência, dirigismo, planejamento etc.

O que veio a se avvantajar com o passar dos anos, gerando uma nova gama de direitos e garantias aos cidadãos, que também se incorporam no Direito Administrativo da Economia.

4.1.3 Os desdobramentos do ponto zero e a intensificação da convivência entre o jurídico e o econômico

A evolução da Humanidade e os avanços tecnológicos geraram um aumento da oferta de bens e comodidades à população. Serviços que dantes não existiam passaram a integrar a vida socioeconômica das pessoas privadas (transporte, comunicações postal, telecomunicações, abastecimento de água e eletricidade, serviços de saúde, benefícios sociais etc.).

Os investimentos exigidos eram extraordinários (muitos deles em monopólios naturais), o que demandou cada vez mais a intervenção ativa do Estado. Devido a tais fatos, agravados nos períodos de escassez subsequentes à Primeira e Segunda Guerra Mundial, a Administração firmou posição como um ente operativo e diligente. Na medida em que surgiam necessidades públicas, o



Estado intensificava o seu perfil interventivo e exercitava à larga as suas novas funções, postando-se como o grande fornecedor de bens e serviços.

Tais demandas sociais e seu atendimento deram nascimento a um novo modelo de Estado: o Estado do Bem Estar Social (Estado Providência, Estado Assistencial, *Welfare State* etc.).

Nesse modelo, a Administração assume a postura dinâmica de proporcionar benefícios aos cidadãos. O fornecimento de alimentação, saúde, educação, seguridade social, aposentadoria etc. torna-se um dever público. Os cidadãos adquirem direitos sociais frente ao Estado, desde a concepção até o falecimento, passando por planos e benefícios que ilustram o todo da vida das pessoas privadas (físicas e mesmo jurídicas).

Note-se que não é possível fixar limites a tais demandas, que crescem proporcionalmente à oferta da evolução técnico-científica. Assim, as exigências sociais que hoje existem nem sequer eram cogitadas há décadas atrás. Por exemplo, lembre-se da séria resistência popular à campanha de saneamento da peste bubônica e febre amarela, promovida a partir de 1902 por OSWALDO CRUZ – que foi vítima de crítica agressiva devido à obrigatoriedade da vacinação. A mudança de atitude da população brasileira – de uma recusa firme a uma procura exigente demonstra o aumento da demanda por benefícios públicos.

Como não poderia deixar de ser, tais alterações refletiram de imediato no Direito Administrativo da Economia. O Estado abriu mão da postura de apenas interagir socialmente através da repressão policial à esfera livre dos cidadãos e passou a lhes outorgar benefícios. A sociedade contamina-se pelo Estado (ou vice-versa), vez que este determina o destino do trabalho, desenvolvimento e bem estar social.

Em decorrência, a forma primordial através da qual a Administração se manifesta, o ato administrativo, deixa de ser visto como uma atividade policial e passa a tomar contornos de benesse.

“A conceptualização do acto favorável ficará, portanto, dependente da mudança de modelo de Estado, com o advento da Administração

prestadora. Agora, o particular, numa situação de dependência perante a Administração, não somente deseja que a Administração actue, como solicita mesmo essa intervenção. O acto administrativo deixou de ser visto apenas como uma agressão da esfera individual, para passar a ser igualmente um instrumento de satisfação de interesses individuais.”⁷⁵

À Administração cumpre não só oferecer privilégios sociais, mas os ampliar e garantir. E quanto maiores as dídivas, maior a demanda: o Estado do Bem Estar Social passou a assegurar não só a oferta, mas a eficácia de tais benefícios. Note-se que a constitucionalização do princípio do bem-estar transformou:

“certas obrigações do Estado em contrapartidas diretas à realização ou efectivação de direitos fundamentais – os direitos económicos, sociais e culturais –, chamando os particulares, deste modo, à titularidade de posições jurídicas activas que se expressam em prestações e que encontram no Estado o respectivo sujeito passivo.”⁷⁶

Sob outro ângulo, a Administração Pública se hipertrofiou. Aumentou qualitativa e quantitativamente. Crescimento qualitativo porque ampliou a gama de ofertas de serviços prestados e as modalidades de intervenção na Ordem Económica. Suas atividades tornaram-se as mais variadas possíveis, desde as essenciais até as supérfluas. Crescimento quantitativo porque multiplicou desmesuradamente o número de órgãos, entidades e servidores públicos.

Porém, esse crescimento gera um custo – a ser arcado pela própria comunidade. Quanto maior o grau de intervenção, maiores as despesas públicas e maior a carga fiscal (e, eventualmente, maior a futura crise fiscal). O que levou à construção de uma nova concepção do Estado, no qual a Administração passa a interagir mais insistentemente com o domínio económico – reservando e garantindo àquele à iniciativa privada (e o respectivo lucro), mas ao mesmo tempo funcionalizando a atividade empresarial privada (função social da propriedade, valorização do trabalho, dignidade da pessoa humana etc.). Um intervencionismo

⁷⁵ VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, cit., p. 100.

⁷⁶ PAULO OTERO, *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 17. A seguir, o autor ressalva que nem todas as imposições constitucionais dessa ordem “se reconduzam a contrapartidas de direitos fundamentais”.

temperado, que implica alterações na visão da Administração Pública e uma outra estratégia do Estado nas relações econômicas e sociais, conforme a apurada síntese de NORBERT REICH: “O intervencionismo compreende uma estratégia moderna para a imposição do interesse público sobre um sistema econômico capitalista.”⁷⁷

Fato é que o Estado deixou de ser um estranho à economia para nela se entranhar e exercer atividades outrora exclusivas dos particulares. Essa inserção do Estado no plano econômico produziu um efeito centrípeto, fazendo com que muitas vezes a economia passasse a dele depender, acentuando uma relação interna entre o político e o econômico. Ocorreu uma espécie de uniformização desses planos outrora díspares: onde está escrito “político”, leia-se “econômico”; onde está escrito “econômico”, leia-se “jurídico”.

Bem verdade que o Estado nunca esteve circunscrito a um universo estranho à economia (e vice-versa). Se isso é falso frente às economias socialistas, deve ser compreendido com prudência no capitalismo. Isso porque a conceituação tendente à absoluta dissociação (de fato e de direito) entre o Estado e a economia é inerente ao modelo conceitual capitalista. Capitalismo e Estado-Empresário são conceitos antitéticos, opostos em sua essência. As intervenções e interações públicas na economia são exceções.

A separação entre Estado e economia é inerente a um modelo capitalista – como aquele celebrado pela Constituição brasileira de 1988.

“Numa economia capitalista, baseada na disposição privada dos meios de produção, potencializada pelo lucro, o Estado não pode deixar de ser considerado um elemento ‘exógeno’ da economia. Pela sua própria natureza, o capitalismo pressupõe a economia como *coisa privada*, a alteralidade do Estado em relação à economia, a separação entre o econômico e o jurídico.”⁷⁸

Ora, ao se inserir ativamente no contexto econômico outrora específico dos particulares, o Estado capitalista folclorizou o sistema econômico

⁷⁷ “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”, *RDP* 94/265. São Paulo: RT, abr./jun. 1990, p. 265.

⁷⁸ VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 139/140.

liberal. Transformou (ou circunscreveu) o liberalismo numa crença popular, aceita coletivamente como pacífica. Porém, quanto mais intervinha e mais se agigantava no domínio econômico, mais distantes se tornavam os ideais do liberalismo. Complicação que aumentou quando o Poder Público se arvorou na condição do grande estabilizador das relações econômicas e sociais, provendo soluções para os impasses privados e outorgando benefícios públicos até então desconhecidos.

De um sujeito que meramente controlava os desvios da vida privada (reprimindo-os), passou a ser aquele que se auto-outorga o dever ativo de geração dos benefícios econômicos no todo social. O Estado transformou-se em um “Estado econômico”, provedor à larga de bens e serviços (muitos deles sem ônus imediatos para os próprios beneficiados).

VITAL MOREIRA analisa com precisão os diversos aspectos desse crescer da importância do Estado na economia. Depois de descrever o conceito de “economia mista” (em que coexistem os sujeitos privados e público), fornece a seguinte definição de “Estado econômico”:

“o estado que deixou de funcionar apenas no quadro do político para exercer a maior parte da sua actividade no quadro do económico, como figura económica ou, numa perspectiva inversa, o estado que alargou a todo o económico o quadro do político; o estado que se transformou no principal responsável pela economia nacional porque dela depende a sua sobrevivência. Economização do político ou politização do económico terão eventualmente os mesmos resultados no plano da interpenetração de um e outro mas traduzem perspectivas diversas.”⁷⁹

Sob outra perspectiva, ORLANDO GOMES descreve as variações sofridas pelo Direito Privado em função de tais impactos sociais, políticos e econômicos derivados da inserção do Estado como agente econômico ativo – que implicaram “uma importante projeção na divisão morfológica do Direito”, tornando “incontestável que a identificação do poder econômico público ao poder econômico privado, subordinados, no seu exercício, às mesmas regras jurídicas, constitui, ao

⁷⁹ *Economia e Constituição*, cit., p. 140/141.

mesmo tempo, um reforço do sistema, e, até certo ponto, sua justificação, ou, em outras palavras, o ‘primado da economia sobre a política’.”⁸⁰

4.1.4 O nascimento da “Constituição Econômica”

Por óbvio, essa intensa relação do Estado com a economia não se limitou ao mundo do ser. A integração entre ambos gerou uma abundante produção no mundo do dever-ser. Ao mesmo tempo em que as pessoas privadas passaram a interagir economicamente com o Estado (e vice-versa), este intensifica o exercício dos deveres oriundos de uma nova categoria do Direito.

As diretrizes políticas tornaram-se carregadas de deveres econômicos, num grau ascendente: já não mais bastavam as previsões normativas de Direito Civil ou de Direito Comercial. As relações que se punham exigiam uma normatividade de hierarquia superior e os textos constitucionais passaram a prever um feixe normativo específico, que a doutrina convencionou denominar de “Constituição Econômica”. A nova ordem jurídica da economia reflete essa característica, tornando o Direito (Público) aquele que à larga disciplina a economia (privada). Na cristalina conclusão de VITAL MOREIRA:

“Por isso o que caracteriza a ordem económica contemporânea é o facto de ser efectivamente uma ordem jurídica da economia, isto é, de assumir expressamente a conformação da economia, de ter nela o seu objecto consciente, compreende-se que se tenha tentado ver aí um novo ramo do direito, um ‘direito especial da economia’, um ‘direito comum da actividade económica’, em suma, um direito económico ou direito da economia.”⁸¹

⁸⁰ “Direito e ideologia”, cit., p. 11. Citação que traz à lembrança os fenômenos da “fuga *para* o Direito Privado” e respectiva “fuga *do* Direito Privado”, bem como a evolução da dicotomia Direito Público *versus* Direito Privado em face do Estado. Acerca de tais temas, v. ALMIRO DO COUTO E SILVA (“Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas”. *RDA* 209/43. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997), MARIA JOÃO ESTORNINHO (*A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999) e PATRÍCIA BAPTISTA (*Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 10 ss.). A superação da “grande dicotomia” (BOBBIO) entre o Direito Público e o Direito Privado pode ser vista em FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 104/105.

⁸¹ *Economia e Constituição*, cit., p. 215 (a obra foi publicada em 1970).

A intensificação da ação do Estado na economia teve como resultado inevitável a (prévia, simultânea ou mesmo posterior) modificação numérica e substancial da produção normativa. As leis que previam a abstenção do Estado já não mais se prestavam a regular a sua ação econômica proativa e interventiva. O Direito Público passou a regular essa interação entre o político e o econômico. Surgia a ordem jurídica da economia, que veio a dar nascimento a textos constitucionais com dispositivos expressos acerca da Ordem Econômica:

“A primeira constituição a incluir uma extensa ordem constitucional económica foi a constituição mexicana de 1917, produto da revolução iniciada em 1910. Mas foi a constituição alemã da República de Weimar (1919), surgida no seguimento da revolução (falhada) de 1918, que pela primeira vez incluiu um capítulo especial dedicado à vida económica. E foi à imagem dela que um grande número de constituições posteriores, de diversas orientações, passaram a inserir uma extensa ordem económica. Assim: a constituição da República espanhola de 1931, a portuguesa de 1933, a brasileira de 1934, a francesa de 1946 (preâmbulo), a italiana de 1947, a suíça (depois da revisão de 1949), etc.”⁸²

Tais diplomas constitucionais (como de resto os que a eles se seguiram) descartam a concepção liberal que tem no Estado um agente excêntrico à economia. A interação e a intervenção estatal no cenário econômico deixam de ser algo inconcebível (sócio e juridicamente) para serem alçados à condição de parcela da concepção primária dos deveres do Estado. Dentre os princípios fundadores do sistema jurídico constitucional estão aqueles que versam sobre a economia (pública, privada e público-privada). A natureza da relação Estado-economia é alçada à institucionalização hierárquica superior nos respectivos textos constitucionais, fazendo parte essencial da ideia que se tem do próprio Estado.

Mesmo em textos constitucionais que celebram o capitalismo misto, tem-se a positivação de Direito Público da Ordem Econômica – fixando a

⁸² VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 65. Na doutrina brasileira, cf. EROS ROBERTO GRAU (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 49 ss.) e WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA (*Primeiras linhas de direito econômico*, cit., p. 186 ss.). A respeito da polissemia da locução “ordem econômica”, v. VITAL MOREIRA (*Economia e Constituição*, p. 152 ss.), no que é acompanhado por EROS GRAU (ob. e loc. cit.).



intervenção do Estado na economia como uma exceção (que visa ou a garantir ou a corrigir o sistema). Apesar de o Estado permanecer como um estranho ao mercado capitalista, tem-se que nele pode intervir quando assim se faça necessário (definição que pertence ao Estado, não ao mercado).

O sistema econômico e o mercado não se auto-definem livremente, mas é o Direito que passa a estabelecer a estrutura e funcionamento dos bens, do poder e das relações econômicas. Talvez seja essa a principal consequência da positivação dos meios, conteúdo e limites da interação/intervenção do Estado na economia: aquele não é mais um banido ou desterrado, que em seu exílio apenas interfere para reprimir os eventuais desvios daqueles que são os reais titulares do domínio econômico.

Isso não significa, reiterar-se, uma integração Estado-economia (nem uma desintegração Estado-economia). As Constituições Econômicas regulam as respectivas Ordens Jurídicas Econômicas, que, ao seu tempo, positivam determinados sistemas de economia política. É da essência dos sistemas capitalistas a separação conceitual entre o Estado e a atividade econômica – configurando uma exceção a intervenção pública na economia, a ser exercitada nos estreitos limites impostos pelo Direito.

Mas, ao contrário de uma concepção liberal pura, o que hoje se tem é a constitucionalização das relações jurídicas postas entre o Estado e a economia. Em especial nos Estados capitalistas mistos, nos quais a ordem jurídica do capitalismo prevê a possibilidade da ação estatal no domínio econômico privado. O *normal*, tanto no mundo do ser como no do dever ser, é a juridicidade dos vínculos estático/estrutural e dinâmico/comportamental entre o Estado e a economia.

4.1.5 O conceito de Constituição Econômica

A Constituição Econômica nasce formalmente ao início do século XX, oriunda da positivação de um feixe de normas constitucionais (expressas e



implícitas) que disciplinam a natureza do sistema económico em determinado Estado e firmam a sua ordem jurídica da economia, inclusive a interação estatal na economia privada.

Mas o conceito de Constituição Económica não encontra unanimidade na doutrina. Na definição de VITAL MOREIRA, é o “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema económico, institui uma determinada forma de organização e funcionamento e constitui, por isso mesmo, uma determinada ordem económica”.⁸³

Ao seu tempo, GOMES CANOTILHO adota um conceito mais restrito: “o conjunto de disposições constitucionais – regras e princípios – que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia.”⁸⁴

Já em sua obra conjunta, VITAL MOREIRA e GOMES CANOTILHO descem a minúcias e propõem o seguinte:

“Trata-se do conjunto de normas e de princípios constitucionais que caracterizam basicamente a organização económica, determinam as principais regras do seu funcionamento, delimitam a esfera de acção dos diferentes sujeitos económicos, prescrevem os grandes objectivos da política económica, enfim, constituem as bases fundamentais da ordem jurídico-política da economia.”⁸⁵

Portanto, a ideia central do conceito reside no foro em que estão localizadas as normas (constitucional) em face da matéria acerca da qual dispõem (organização económica, política económica, poder económico, intervenção estatal na economia etc.). Trata-se da disciplina jurídico-constitucional dos princípios que regem a vida económica em determinado Estado.

⁸³ *Economia e Constituição*, cit., p. 260.

⁸⁴ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 343. No mesmo sentido, MANUEL AFONSO VAZ: “os princípios jurídicos fundamentais da organização económica de determinada comunidade política” (*Direito económico*, cit., p. 91).

⁸⁵ *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993, p. 383. Expandir a investigação em EROS ROBERTO GRAU (*A ordem económica na Constituição de 1988*, cit., p. 68 ss. – com farta indicação doutrinária) e ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (*Direito económico*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 31/41).

4.2 O Direito Econômico e o Direito Administrativo da Economia

Simultaneamente à positivação e ao desenvolvimento doutrinário da ideia de Constituição Econômica, foi sendo elaborada a noção de Direito Econômico (e suas variações). A seguir, analisar-se-á com brevidade o conceito e as características dessa disciplina.

4.2.1 *A convivência entre o Direito Econômico, o Direito Comercial e o Direito Civil*

Num primeiro momento, acentue-se que o Direito Econômico não exclui nem derroga o Direito Privado (Civil, Comercial e desdobramentos), que envolvem negócios jurídicos com efeitos econômicos. Nem sequer o poderia, apesar de ser nítido que todas essas disciplinas envolvem matéria econômica.

O que se dá é um corte transversal, a seccionar simultaneamente as diversas ramas da ordem jurídica (no que diz respeito à ordem jurídico-econômica), como se infere da doutrina de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO:

“O Direito comercial, regulando as relações entre comerciantes (empresários) e entre esses e os destinatários de suas atividades no âmbito privado, tem com o Direito Econômico pontos de tangência nas normas que delimitam, na órbita do interesse público, os direitos e as obrigações daqueles no exercício da atividade profissional e que definem as suas relações com os consumidores, com os investidores, com os demais empresários e assim por diante.

“Já o Direito Econômico tem de buscar no Direito Comercial, dentre outras, as noções sobre formas societárias, grupos de empresas, contratos de integração e interdependência econômica, poder de controle interno e externo no seio empresarial.”⁸⁶

⁸⁶ *Apontamentos de direito comercial*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 23.

A peculiaridade reside em que tais ramos tradicionais do Direito Privado regulam a vida e a interação jurídica dos particulares, tendo como objetivo imediato a coordenação de interesses disponíveis. A não ser frente às exceções juridicamente positivadas, em que se dá a indisponibilidade dos direitos (p. ex., os interesses dos absolutamente incapazes – C. Civil, art. 3º), a ideia da ordem jurídica privada remonta basicamente aos conceitos originários do Estado Liberal: homens livres dispendo sem peias acerca de seus bens e direitos. Assim deve-se entender na origem o Direito Civil ou o Direito Comercial, que existiam muito tempo antes de surgirem as cogitações acerca do Direito Econômico.⁸⁷

O que se dá é que a faceta econômica das disciplinas jurídicas privadas configura um efeito reflexo ou mediato da incidência das normas às respectivas hipóteses fáticas. Enquanto isso, o Direito Econômico envolve os mesmos assuntos sob um ângulo econômico primário ou imediato – além de dispor acerca de matérias estranhas ao Direito Privado propriamente dito. Como leciona MODESTO CARVALHOSA, a atividade econômica em sentido estrito reveste-se “de um valor de conduta – de *dever ser econômico* – juridicamente atribuindo-se-lhe uma função no complexo das próprias aspirações estatais.”⁸⁸

Há, portanto, um envolvimento entre fatos econômicos específicos, aos quais o Estado (Legislador e mesmo a Administração) atribui maior dimensão axiológica, conferindo-lhes uma dimensão social de tal relevância que culmina na sua definição e subsunção a previsões de Direito Público.

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA fornece um exemplo ilustrador: o conceito de “preço” e suas derivações. O fato econômico “preço” tem um regime, uma concepção e respectivas consequências precisas no Direito Econômico (*v.g.*, expressão de uma política governamental ou definidor da posição de poder

⁸⁷ Faça-se uma ressalva quanto à visão contemporânea do Direito Civil. O cativante tema transcende o presente trabalho, mas merecem menção os textos de GOMES CANOTILHO (“Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil?”, in EROS GRAU e WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO (orgs.), *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, cit., p. 108/115); LUIZ EDSON FACHIN (*Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000 – em que são propostos os novos paradigmas para o Direito Civil contemporâneo) e EROULTHS CORTIANO JUNIOR (*O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. – que discorre sobre a revisão do discurso jurídico acerca de um dos conceitos mais caros àquela disciplina).

⁸⁸ *Ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972, p. 49/50.

dominante em determinado mercado). Além disso, possui outras tantas características equivalentes e absolutamente diversas no Direito Civil ou Comercial (prestação relativa ao valor de troca da mercadoria). A mesma realidade abordada sob dois prismas não-excludentes, mas complementares.⁸⁹

O mesmo pode ser dito em relação ao Direito do Trabalho, em se considerando o trabalho como um fator da produção (um custo, um preço) ou objeto de uma política governamental macroeconômica (contenção do desemprego). O Direito do Trabalho não vislumbra de forma imediata a relação macroeconômica que se põe entre empregados e empregadores – o aspecto de que ele se ocupa não está no plano político-econômico, mas nas relações laborais *stricto sensu* objeto do contrato de trabalho e as consequências jurídicas daí derivadas (férias, salário, indenizações etc.).

Questões que assumem um colorido ainda mais vivo se examinadas as próprias diversidades entre a Ciência do Direito e a Ciência da Economia.

4.2.2 O Direito Administrativo da Economia como integrante do Direito Econômico

Por outro lado, o Direito Administrativo da Economia é apenas uma parcela específica do Direito Econômico como um todo. A sua definição dependerá do sistema jurídico analisado e as respectivas premissas adotadas pelo doutrinador, mas é possível proceder a uma sistematização genérica.

Num primeiro momento, confira-se a definição de ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, para quem o objeto da disciplina do Direito Econômico pode ser definido como:

“o estudo da ordenação (ou regulação) jurídica específica da organização e direcção da actividade económica pelos poderes públicos e (ou) pelos poderes privados, quando dotados de capacidade de editar ou

⁸⁹ *Primeiras linhas de direito económico*, cit., p. 66 ss., em que trata das relações do Direito Económico com os demais ramos do Direito.

contribuir para a edição de regras com carácter geral, vinculativas dos agentes económicos.”⁹⁰

Esse conceito genérico abrange todas as áreas de incidência do Direito Económico. Envolveria normas estruturais (de organização) e de conduta (de direção) relativas à integralidade dos comportamentos dos agentes económicos (de carácter vinculativo). Não se fixa num só emissor normativo (o Estado), mas também na regulação emitida pelos próprios particulares (que podem editar ou meramente contribuir para a edição de prescrições vinculantes aos demais agentes). O Direito Administrativo da Economia, vislumbrado como aquele conjunto de normas de Direito Público (Administrativo) com objeto e/ou conteúdo económico, estaria inserido numa parcela desse conceito amplo.

O que põe em foco a doutrina que subordina o Direito Administrativo da Economia a uma das áreas abrangidas pelo Direito da Economia (que envolveria toda a ordem jurídica económica interna). Nesse sentido, ANTÓNIO SOUSA FRANCO, para quem o Direito da Economia “cobre áreas normativas bem distintas:

“a) O **Direito Internacional Económico**, que compreende o Direito produzido por fontes normativas internacionais e cujo conteúdo é formado pela regulamentação normativa da ordem económica e das instituições económicas.

“b) O Direito interno da Economia (ou **Direito da Economia** ‘stricto sensu’), que, por sua vez, integra, em Portugal e nos países com ordenamentos jurídicos afins, duas áreas normativas bem delimitadas:

“b1) O **Direito Administrativo da Economia**, isto é, a parte do Direito Administrativo que regula as formas específicas da actuação e intervenção do Estado, sob forma administrativa;

“b2) O **Direito Económico**, isto é, o ramo do ordenamento jurídico que regula, segundo princípios próprios, a ordem económica e as suas instituições económicas fundamentais.”⁹¹

⁹⁰ *Direito económico*, cit., p. 13. Apesar de o conceito aplicar-se à tese da natureza de Direito Público do Direito Económico, note-se que os autores sustentam que a disciplina é fruto de “um movimento de privatização da esfera pública e de publicização da esfera privada”. Ao mesmo tempo em que negam ser um ramo de direito híbrido (“sem ser inexacto, é porventura pouco profícuo”), afirmam que “no campo do Direito Económico há um relativo apagamento da importância dessa distinção o que, ao longe de ser um obstáculo à sua afirmação como disciplina autónoma, constitui mesmo uma das problemáticas mais aliantes que contribuem para a sua diferenciação.” (ob. cit., p. 19).

⁹¹ *Noções de direito da economia*, vol. I. Lisboa: AAFLD, 1992, p. 47/48. Aprimorar o conceito em texto do mesmo autor no verbete “Direito económico/ Direito da economia”, in JOSÉ PEDRO FERNANDES (dir.), *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. IV. Lisboa: s/ed., 1991, p. 45 ss. Acerca das variadas

O Direito Administrativo da Economia não consubstanciaria a essência de uma disciplina jurídico-econômica originária, pois há princípios e normas próprias do Direito Administrativo que não têm nenhum relacionamento com tópicos específicos do Direito interno da Economia (p. ex., o Direito da Concorrência e o Direito dos Consumidores).

O que faria com que o núcleo central da disciplina do Direito da Economia fosse constituído pelo Direito Económico em sentido estrito, definido por SOUSA FRANCO como:

“o ramo de Direito (e a respectiva disciplina de Ciência Jurídica) que contém o regime próprio e específico dos elementos jurídicos do sistema (e do regime) económico, do equilíbrio económico entre o Estado, grupos sociais e entidades privadas e o enquadramento e regime geral das instituições económicas fundamentais.”⁹²

4.2.3 A “crise” do Direito Administrativo e o Direito Administrativo da Economia

A fim de ampliar a argumentação (e a compreensão), importante é destacar a doutrina de EDUARDO PAZ FERREIRA, para quem a definição de SOUSA FRANCO “parte de uma concepção de direito administrativo que está em crise”, pois envolveria “um direito de autoridade em que a posição da Administração é profundamente diferente da dos particulares, quando, na realidade, aquilo a que assistimos é a um crescente recurso das administrações públicas aos instrumentos privatísticos”. Constatação que afastaria ou atenuaria substancialmente a incidência dessa espécie de atividade administrativa da atividade económica.⁹³

concepções da disciplina do Direito Económico, amplitude, nomenclatura e divisões, v. VITAL MOREIRA (*Economia e Constituição*, cit., p. 218 ss.); ANDRÉ DE LAUBADÈRE (*Direito público económico*, cit., p. 17 ss.) e GÉRARD FARJAT (*Droit économique*, cit., p. 18 ss.).

⁹² *Noções de direito da economia*, cit., p. 51.

⁹³ *Direito da economia*. Lisboa: AAFLD, 2001, p. 43.

A rigor, é bem verdade que o espraiamento das normas de Direito Público (Constitucional e Administrativo) na economia e a ampliação da ação do Estado na esfera econômica fizeram com que fossem implementadas novas formas de ação dos agentes econômicos e mesmo do Estado (terceiro setor, contratos de gestão, *soft law* etc.), tornando possível que o Direito Administrativo da Economia admita uma concepção que se poderia denominar de ultrapassada (ou às vésperas de o ser).

Deu-se uma mutação e há setores outrora clássicos que muitos sustentam alheios ao Direito Administrativo contemporâneo (p. ex., os serviços públicos e a sua sucessão pelos serviços econômicos de interesse geral⁹⁴).

Porém, fato é que o Direito Administrativo (ao menos o brasileiro) ainda não experimentou uma ampla disseminação dessa flexibilidade normativa, nem uma institucionalização dos instrumentos de Direito Privado no manejar diuturno da Administração ou tampouco uma derrogação de sua antiga configuração normativa.

As relações de Direito Administrativo (inclusive o da Economia) permanecem sendo substancialmente caracterizadas como vínculos de subordinação – o que é essencial à intervenção, regulação, controle e disciplina do poder econômico. A supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público continuam colocando sob tensão todas as relações de administração – que podem ser instrumentalizadas de modo mais brando, porém com o mesmo retesamento existencial.⁹⁵ Caso contrário, não se

⁹⁴ RODRIGO GOUVEIA define os serviços de interesse geral como “uma actividade (comercial ou não) cuja generalidade dos cidadãos utiliza traduzindo-se, para eles, numa verdadeira necessidade para uma completa vivência social. Assim, serviço de interesse geral será aquele que satisfaça necessidades básicas da generalidade dos cidadãos quer elas sejam *económicas, sociais ou culturais* e cuja existência seja essencial à vida, à saúde ou à participação social dos cidadãos.” (*Os serviços de interesse geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001, p. 17). Ampliar na nota nº 56, acima.

⁹⁵ A esse respeito a doutrina brasileira beira a unanimidade, como se pode conferir em CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*, cit., p. 60/64), LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32/37), HELY LOPES MEIRELLES (*Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 95/96) e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 68/71). V. também a crítica de HUMBERTO ÁVILA à concepção da “supremacia do interesse público” como norma-princípio (“Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”, *RTDP* 24/159).

estará diante de intervenção ou regulação da economia, mas frente a agentes econômicos administrando livremente os seus interesses egoísticos.

Por outro lado, os fenômenos da “fuga para o Direito Privado” (e vice-versa da “publicização do Direito Privado”) não merecem ser desprezados, pois, como o próprio PAZ FERREIRA acentua,

“As mutações do papel do Estado têm uma primeira tradução na compressão do princípio da autonomia privada e na crescente subordinação dos particulares a regras imperativas estabelecidas normativamente tendo em vista o interesse geral, mas que podem, também, prosseguir o interesse dos próprios sujeitos económicos isolados” [...] “muito mais do que uma simples actividade correctiva ou conformadora da actividade privada, é a acção pública directa que vai passar a constituir uma instância privilegiada para o reequilíbrio das forças, através de uma profunda ampliação do papel do Estado na satisfação de necessidades da sociedade”.⁹⁶

4.2.4 A racionalidade pública do Direito Administrativo da Economia

Assim, a doutrina de SOUSA FRANCO merece ser prestigiada, pois o Direito Administrativo efetivamente é um Direito interno à soberania do Estado, com limites e característicos derivados de sua própria racionalidade. Torná-lo relativo à economia – o Direito (Administrativo) “da Economia” – não pode implicar a inserção nele de todas as relações econômicas (ou geradoras de efeitos econômicos) regidas pela ordem jurídica, mas apenas um resultado em sentido inverso: há questões/matérias regidas pelo Direito Administrativo que dizem respeito à ordem jurídica da economia (“as formas específicas da actuação e intervenção do Estado, sob forma administrativa”).

São Paulo: Malheiros, 1998), bem como as ponderações de MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (*Direito administrativo regulatório*, cit., p. 178/180). Uma abordagem semelhante, quanto ao conceito de “interesse público” e o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser vista em MARÇAL JUSTEN FILHO (“Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”. *RTDP* 26/115. São Paulo: Malheiros, 1999).

⁹⁶ *Direito da economia*, cit., p. 37/38. Quanto à fuga para o Direito Privado, v. também as referências mencionadas na nota nº 80, acima.

Tampouco a adjetivação econômica do Direito Administrativo poderia ter o condão de inverter a racionalidade que lhe é ínsita. Não se pode ler o Direito Administrativo da Economia à luz do Direito Privado e muito menos sob a lógica econômica. O principal reside em uma disciplina jurídica emanada sob a forma de normas de Direito Público. Não um Direito Público agressivo, mas orientado pelos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade (boa-fé), eficiência e publicidade (art. 37, *caput*).

Mas não se perca de vista que o Direito Administrativo da Economia é uma espécie subordinada ao gênero Direito Administrativo, e, ao mesmo tempo, é uma parcela especial do próprio Direito Econômico interno. É uma manifestação peculiar de ambas as disciplinas que vem assumindo foros de autonomia em sua própria zona de incidência (mas não independência). O Direito Econômico e o Direito Administrativo da Economia não se desenvolvem em círculos concêntricos, mas possuem uma zona de intersecção mútua.

O Direito Administrativo da Economia não seria uma exclusiva parcela do conteúdo de um amplo continente denominado de Direito Econômico. Em verdade, o que pode se dar é justamente o inverso: o Direito Administrativo trata de questões vinculadas à ordem pública e ao exercício da função administrativa; enquanto que o Direito Econômico em sentido estrito pode tratar do prestígio aos interesses privados dos agentes econômicos (o controle público de preços *versus* o prestígio aos preços derivados da concorrência perfeita num mercado ideal).

Nesses casos, será a compreensão oriunda do Direito Administrativo da Economia a subordinante e o Direito Econômico *stricto sensu* o subordinado. Caso se faça necessário contrastar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência com a valorização do trabalho humano, existência digna e justiça social (Constituição, art. 170), a ponderação e a proporcionalidade entre os princípios envolvidos deverá colocar estes num primeiro plano, em detrimento daqueles. A disciplina que instrumentaliza tal enfoque público (Direito Administrativo da Economia) prevalecerá sobre aquela que pode prestigiar os legítimos interesses dos particulares (Direito Econômico *stricto sensu*).



Ou como firmou NELSON EIZIRIK, acerca da integração entre os princípios da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano como a base da Ordem Econômica brasileira: “sem a plena vigência de tais princípios, que constituem a sua *conditio per quam* e *conditio sine qua non*, a ordem econômica passaria a ser outra, constitucionalmente inaceitável.”⁹⁷

Constatação que não resolve o problema à totalidade, pois há zonas cinzentas em que o atrito fático entre as disciplinas provavelmente exigirá o recurso ao exame do caso concreto para a sua solução. Existem certos momentos em que o intérprete poderá se ver subjugado pelo mundo do ser para compreender a linguagem do dever-ser (*v.g.*, se determinado ato concorrencial entre concessionários de serviços públicos envolve uma questão de Direito da Concorrência ou de Direito Administrativo, ambos em sentido estrito, ou de um “Direito Administrativo da Concorrência”?).

Mais do que isso: haverá hipóteses em que o Direito Econômico *stricto sensu* emanará normas e decisões (administrativas, jurisdicionais) que envolvem o prestígio ao interesse público em detrimento daquele das pessoas privadas. Um exemplo ainda recente é o da discussão mundial sobre os produtos agrícolas transgênicos – em especial no Brasil, onde assumiu carga de litígio judicial com ampla divulgação pública e manifestação das autoridades governamentais.⁹⁸

A abrandar a carga de responsabilidade ante a definição, é importante frisar que o sistema brasileiro de jurisdição torna a discussão quase que restrita ao mundo acadêmico: não há significativas consequências práticas derivadas, a não ser em determinadas hipóteses que envolvem as autoridades administrativas reguladoras (p. ex., o Banco Central, regendo o setor

⁹⁷ “Monopólio estatal da atividade econômica”. RDA 194/63. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1993, p. 65.

⁹⁸ A Medida Provisória nº 131/2003 disciplinou o regime nacional dos alimentos transgênicos. Em contrapartida, a Lei nº 14.162/2003, do Estado do Paraná, vedou “o cultivo, a manipulação, a importação e a comercialização de Organismos Geneticamente Modificados (OGMS)”. Essa lei estadual foi objeto de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal através da ADI 3035/PR (rel. Min. GILMAR MENDES), em que foi concedida medida liminar suspendendo a sua eficácia.

bancário, *versus* o CADE, regendo a concorrência no mesmo setor⁹⁹). Ou poder-se-á cogitar dos efeitos da norma jurídica incidente ao caso (ordem pública e ordem privada em face do Direito Intertemporal) – o que não deriva exclusivamente do “nome de batismo” da disciplina, mas antes da natureza jurídica da norma posta em jogo. Porém, pouco além desses poucos tópicos a discussão tem maior repercussão prática.

O que é ainda mais atenuado pela reiterada constatação de que a divisão interna entre as disciplinas jurídicas antes configura um seccionamento acadêmico em sentido estrito, vez que a ordem jurídica é una: existe uma interdisciplinaridade inerente ao ambiente jurídico, que não pode ser perdida de vista nas investigações científicas.

Por fim, não se pode descartar a existência de matérias estranhas ao Direito Administrativo e nele periodicamente imbricadas. O feixe de princípios e normas típico do Direito Administrativo não abrange as normas de Direito do Consumidor, apesar de elas serem aplicadas em algumas relações que envolvem o Direito Administrativo (*v.g.*, a Lei de Concessões – Lei 8987/1995, art. 7º, e o próprio Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, art. 22).¹⁰⁰

O mesmo se dá em relação às normas de Direito Civil (que se aplicam à larga aos contratos administrativos e ao regime dos bens públicos – p. ex., Lei 8.666/93, art. 54, e Cód. Civil, art. 98 ss.). O regime de inserção e exclusão é o mesmo.

⁹⁹ Circunstância que gerou séria polêmica, chegando o CADE a não reconhecer eficácia a um parecer da Advocacia-Geral da União, aprovado pela Presidência da República. A esse respeito, CELSO FERNANDES CAMPILONGO, JEAN PAUL CABRAL VEIGA DA ROCHA e PAULO TODESCAN LESSA MATTOS (coords.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

¹⁰⁰ Sobre o tema, v. RONALDO PORTO MACEDO JÚNIOR, “A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor”, in CARLOS ARI SUNDFELD (coord.), *Direito administrativo econômico*, cit., p. 239 ss. Desenvolver em MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 549 ss. (Capítulo X - “Posição jurídica dos usuários”) e ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE M. WALD (*O direito de parceria e a lei de concessões*, cit., p. 319/330).

4.2.5 O Direito Administrativo da Economia em sentido estrito

Afastadas tais peculiaridades, o presente trabalho pretende examinar com maior detença o Direito Administrativo da Economia.

Ora, o Direito Administrativo é o direito que rege a Administração Pública (ou quem lhe faça as vezes), no exercício da função administrativa. Cria e disciplina o conteúdo e os limites da competência possível de ser exercitada pelo Estado-Administração no cumprimento às finalidades normativas. Desenvolve-se intra e extra ao corpo orgânico da Administração e dentre os campos nela abrangidos estão as relações que se põem entre o Estado e a economia.

O qualificativo “da Economia” quer significar o setor cognitivo por onde se desdobra a incidência de uma parcela das normas típicas de Direito Administrativo. Nesse sentido, o Direito Administrativo da Economia fixa a organização e as finalidades da ação da Administração Pública com repercussões no domínio econômico, bem como o que diz respeito às relações jurídicas entre esta e as pessoas privadas. Trata-se do exercício da *função administrativo-econômica* do Estado.

Ou seja: a *ratio* dessa disciplina consiste em prestigiar a ação econômica estatal infralegal – seja ela concreta (atos administrativos, leis-medida, processo administrativo etc.), seja geral e abstrata (regulamentos administrativos), tendo o Direito Administrativo como um instrumento para a implementação de políticas públicas ou para a correção de desvios dos agentes econômicos.

Não se trata do ramo do Direito Administrativo que envolve apenas o trato do “poder de polícia” (ou “competência fiscalizadora”, nas palavras de LUCIA VALLE FIGUEIREDO ou “Direito Administrativo Ordenador”, na lição de CARLOS ARI SUNDFELD¹⁰¹), mas também o fomento, a indução e o intervencionismo empresarial ativo.

¹⁰¹ “Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências



Quando o Estado intervém no domínio econômico constitucionalmente reservado às pessoas privadas,¹⁰² assim o faz através do manejo de competências de Direito Administrativo. O “toque de Midas” da Administração Pública igualmente confere natureza pública às relações jurídicas por ela desenvolvidas no campo da economia (o que parcialmente não ocorre sob as exceções do art. 173, devido às mitigações lá previstas). A Administração não poderia ignorar o Direito Administrativo no exercício de suas funções, nem mesmo quando interage no espaço econômico reservado às pessoas privadas.

Por outro lado, o Direito Administrativo da Economia não exclui nem atenua o Direito Administrativo tradicional, mas desdobra a incidência deste num outro plano normativo e cognitivo – prestigiando o eixo central da disciplina. Isso tanto no sentido orgânico (a Administração Pública ou quem lhe faça as vezes), como no sentido material (o regime jurídico de Direito Administrativo).

Ademais, não suprime as normas específicas de regimes jurídicos típicos (como o Direito da Concorrência ou o Direito dos Consumidores), mas nelas lança luzes de uma normatividade toda própria: a natureza jurídica de um Direito Administrativo aplicado aos setores econômicos onde diretamente interage o Estado ou onde há determinado tipo de controle ou incentivos do Estado.

A locução Direito Administrativo da Economia é a que melhor designa as relações jurídicas disciplinadoras do vínculo de Ordem Econômica que se desenvolve entre Estado e particulares. Por todos, a definição de ANDRÉ DE LAUBADÈRE:

reguladoras” (*RDPE* 2/257. Belo Horizonte: Forum, abr./jun. 2003, p. 260, nota nº 4) e *Direito administrativo ordenador* (São Paulo: Malheiros, 1993), respectivamente. Condenando o uso da locução “poder de polícia”, v. a crítica contundente de GORDILLO (*Tratado de derecho administrativo*, t. II, cit., p. V-1 ss.), que é acolhida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 708/709. Mas não se olvide que a Constituição de 1988 celebra o termo em seu art. 145, inc. II (“taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou ...”).

¹⁰² A locução “domínio econômico constitucionalmente reservado às pessoas privadas” pode soar como um pleonismo, pois na definição de LUCIA VALLE FIGUEIREDO, domínio econômico “compreende o conjunto de atividades desenvolvidas pela livre iniciativa. Portanto, inclui-se no centro de onde gravita a possibilidade de fazer riqueza, ou seja, a atividade econômica.” (“Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras”, cit., p. 258). Mas o que se pretende frisar é a reserva constitucional característica do sistema capitalista celebrado pela Constituição de 1988.



“O *direito administrativo económico* é constituído pelas regras e instituições relativas aos órgãos administrativos dotados de atribuições em matéria de economia (é a ‘administração económica’ no sentido orgânico da expressão) e, sobretudo, pelo conjunto dos princípios e regras de fundo aplicáveis às relações dos administrados com a administração por ocasião das intervenções económicas desta última. Embora o direito constitucional económico tenha a sua importância, é sem dúvida o direito administrativo económico que constitui a parte mais rica do direito público económico.”¹⁰³

O Direito Administrativo da Economia disciplina e estuda as relações que se põem entre o poder econômico particular e o poder político-econômico do Estado. Fixa em especial a forma de inserção da Administração Pública na atividade econômica: se através de intervenção, serviços públicos, atividade econômica privada ou regulação normativa da economia privada.

4.3 Direito e Economia, Economia e Direito: linguagens e leituras desse semelhanças

Numa tentativa de melhor explicar a abordagem que será a seguir desenvolvida, cogite-se da análise da economia sob o ângulo puramente da Ciência Econômica.¹⁰⁴ Ainda que surjam repercussões de ordem pública (ou social), essa avaliação terá como ponto de partida os fatos e relações num esquema comportamental dos agentes privados no gerenciamento de seus bens e interesses econômicos (interesses egoísticos, tomada de decisões, interações,

¹⁰³ *Direito público económica*, cit., p. 31/32. Sobre as peculiaridades frente ao Direito Administrativo francês, com amplas referências bibliográficas, v. DIDIER LINOTTE e RAPHAËL DROMI (*Services publics et droit public économique*. 4^a ed. Paris: Litec, 2001, p. 34/37 – em especial no que diz respeito à jurisdição administrativa).

¹⁰⁴ Não se olvide a cogitação de se a Economia é (ou não) uma Ciência. Como sublinhou AVELÃS NUNES, a pergunta “não é uma simples figura de retórica”, comportando variações e debates entre os economistas (*Noção e objecto da economia política*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 84 ss.). Ou no pensamento de KEYNES: “A economia não podia ser uma ciência exata porque o número de variáveis era grande demais e a estabilidade das variáveis, com o passar do tempo, não podia ser garantida. Como ele diria mais tarde, é melhor estar aproximadamente certo do que precisamente errado.” (Cf. ROBERT SKIDELSKY, *Keynes*, cit., p. 30). O que traz à lembrança a advertência de CELSO FURTADO: “Seria ignorar o que de mais nobre existe no homem não pensar a história como um processo aberto no qual o campo do possível nunca está cabalmente delimitado.” (*O Brasil pós-“milagre”*, cit., p. 57).



custos, preços, alocações de recursos, forças e tendências que afetam a economia etc.).

A economia forma-se e se modifica no seio das relações sociais, na administração diuturna de uma pequena quantidade de recursos limitados. Contempla o estudo do uso de recursos escassos que possuam aplicações alternativas. “A *economia* estuda como pessoas, empresas, governos e outras organizações de nossa sociedade fazem *escolhas* e como essas escolhas determinam a forma como a sociedade utiliza seus recursos.”¹⁰⁵

As teorias econômicas não são apenas analíticas ou descritivas, mas sobretudo propositivas (coletas de dados, observação, análise e formulação de hipóteses). Têm como pressuposto determinados paradigmas que tentam explicar e prever objetivamente o comportamento dos agentes econômicos nos respectivos mercados, suas decisões e efeitos. Mediante análise científica de tais informações, formulam propostas e soluções para os problemas e dilemas econômicos.

Isso sem esquecer da circunstância de que os economistas têm diversas teorias que dão margem a diferentes opiniões técnicas acerca dos mesmos fatos: um neoclássico dificilmente entrará em acordo com as propostas de um keynesiano, pois cada um deles legitima as suas verdades científicas e as demonstra de acordo com os seus paradigmas.

A depender das premissas ideológicas e científicas, a economia variará a sua contemplação e as suas proposições (p. ex., relações e meios de troca *versus* relações de poder). Na medida em que o Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) igualmente atua no cenário econômico, também pode ser vislumbrado na condição de agente econômico, tal como os demais.

Apesar de ser detentor de determinados privilégios e ônus, o Estado produz fatos que influenciam (ou impõem) determinadas considerações específicas quanto às relações econômicas e à administração dos recursos: uma

¹⁰⁵ JOSEPH E. STIGLITZ e CARL E. WALSH, *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 8.



determinada legislação pode ser tomada como fator de investimento ou não (custos ambientais, *v.g.*) – da mesma forma que o comportamento dos governantes e os limites à ação administrativa do Estado (os “marcos” e “riscos” regulatórios) ou os custos da tramitação de um processo judicial.

Por isso que igualmente o Direito é visto como mais um fator econômico pelas teorias da Análise Econômica do Direito – AED (ou *law and economics*).¹⁰⁶

4.3.1 A visão jurídica do cenário econômico

Em contrapartida, a visão puramente jurídica não ignora a concepção econômica, mas a aborda sob um outro ângulo: o Direito é essencialmente um sistema autopoietico, que se auto-refere e constrói os seus conceitos.¹⁰⁷ Como que numa atribuição excludente, o Direito propõe e positiva os termos específicos ao seu universo: as normas jurídicas. A hermenêutica jurídica interpreta o Direito posto na tentativa de harmonizar internamente o seu próprio sistema: os atos e fatos jurídicos têm a sua existência, validade, perfeição e eficácia oriundas da norma jurídica.

¹⁰⁶ Sobre a Análise Econômica do Direito, v. a obra coletiva *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, com textos de POSNER, BECKER, RUBIN, STIGLER e COASE, dentre outros (org. de ANDRÉS ROEMER. Mexico : Fondo de Cultura Económica, 2000) e ARIÑO ORTIZ e LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO (in ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 18 ss.), bem como as obras citadas na nota nº 56, acima. Para uma visão crítica, v. RONALD DWORKIN, nos ensaios “Is wealth a value?” (que começa com a seguinte assertiva: “Neste ensaio eu considero e rejeito uma teoria política sobre o direito usualmente chamada de a análise econômica do direito.”) e “Why efficiency?”, ambos em *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 237 ss.

¹⁰⁷ O conceito de “sistema autopoietico” e as características do sistema jurídico (se fechado ou não) extrapolam em muito a presente tese. A descrição primária acima lançada diz respeito unicamente a um ensaio de dissociação entre economia e direito. Acerca do conceito de sistema jurídico, v. CLAUS-WILHELM CANARIS (*Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989); sobre a ideia de autopoiese e suas repercussões jurídicas, ampliar em GUNTHER TEUBNER, para quem: “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo.” (*O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 53). Para uma visão crítica das teses de TEUBNER, em especial no que diz respeito ao Direito Econômico, v. NORBERT REICH, “Intervenção do Estado na economia (reflexões

Ainda que absolutamente diversas as correntes doutrinárias em constante debate (os “normativistas puros”, os “jusnaturalistas”, o “Direito alternativo” etc.), as “verdades” para o jurista têm por alicerce comum o Ordenamento Jurídico previamente positivado em regras e princípios (estes implícitos ou explícitos no sistema). As teorias visam a aplicar ou a negar aplicação ao Direito – às normas jurídicas componentes do sistema posta à análise do hermeneuta. Pouco importa o motivo do acolhimento ou a negativa: o que está em jogo é o direito positivo. Nesse sentido, importante é destacar a conclusão lançada por TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

“Como se vê, seja como *norma-proposição*, seja como *norma-prescrição*, seja como *norma-comunicação*, o conceito de norma jurídica é um centro teórico organizador de uma dogmática analítica. Mesmo sem *desconhecer* que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para a decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se *reconhecer* que a norma é o seu critério fundamental de análise, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio das quais os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. Com isto é também possível encarar as instituições sociais, como a família, a empresa, a administração pública, como conjuntos de comportamentos disciplinados e delimitados normativamente.”¹⁰⁸

A análise jurídica das teorias e fenômenos econômicos objeto de prescrições normativas tem como ponto de partida o Direito já positivado e a finalidade visada pela norma jurídica, interpretada como unidade incindível de um sistema harmônico (e não a “administração de recursos escassos” ou as teorias que a expliquem e a incrementem).

A Constituição e demais normas balizam a cognição jurídica de qualquer fenômeno social (família, trabalho, economia etc.). Por isso que muitas vezes há uma dissociação e mesmo uma oposição intransponível entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*. A contemplação recíproca entre o Direito e a economia

sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”, cit.

¹⁰⁸ *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1988, p. 100/101.

auxilia o ato de esclarecer e compreender o plano fático, integrando-o ao jurídico para sua melhor e mais eficiente aplicação.

Descobre-se o cenário axiológico inerente à percepção do conteúdo normativo (fatos, valores e normas); os valores que a ele estão subjacentes e a sua integração/aplicação ao mundo do ser. Pode possibilitar a revelação da razão de ser da posituação da norma. Porém, insista-se que a construção científica do Direito tem como marco zero... o próprio Direito. O que se lê são textos que resultam em normas jurídicas a ser aplicadas. De maneira especialmente categórica, firmou GERALDO ATALIBA:

“Daí o terrível engano dos que pensam que a economia e o direito podem estudar um mesmo objeto, o tributo, por exemplo, intercambiando informações, observações, princípios e técnicas de compreensão, operação e aplicação. O conceito de tributo, para o direito, nasce e esgota-se no universo jurídico.”¹⁰⁹

Levando-se em conta o exemplo citado, para o jurista o conceito de tributo é um conceito oriundo, aplicado e exaurido no mundo do Direito. Deve gerar efeitos de fato, é bem verdade, mas a partir daí a análise jurídica *stricto sensu* é próxima do impertinente. Quaisquer outros fatos ou detalhes são irrelevantes às suas cogitações.

A solução está na compreensão harmônica da Constituição e das leis, lidas e interpretadas de acordo com o contexto histórico vivido pelo intérprete. O que não significa o desprezo ao mundo dos fatos, nem uma rejeição à contemplação valorativa do fenômeno normativo. Permanece a hermenêutica jurídica do Direito, mas sem uma refutação ao mundo que o cerca (incluindo-se aí o da economia).

Porém, é importante destacar que não se trata de uma compreensão serena e harmônica. Já há algum tempo, EROS ROBERTO GRAU

¹⁰⁹ *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1990, p. 20. O exemplo vinculado ao regime tributário é de todo valioso devido ao intenso debate que se firmou (especialmente a partir de meados da década de 1970) quanto ao “sistema jurídico tributário” e a visão kelseniana desenvolvida pela escola de Direito Público da PUC de São Paulo (inicialmente através das preciosas lições de GERALDO ATALIBA e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO).

escreveu: “Impossível, no entanto, a compreensão do fenômeno tributário se o consideramos exclusivamente pelo seu aspecto jurídico. [...] Imprescindível, portanto, a consideração, ao lado do jurídico, do conceito econômico de tributo.”¹¹⁰

Tais dissensões reacendem a questão acerca do relacionamento entre Direito e economia. Não há dúvidas de que as disciplinas caminham lado a lado no domínio econômico, interagindo, sofrendo influência recíproca e instaurando conflitos, muitas vezes estudando e pretendendo disciplinar as mesmas relações sociais sob ângulos diversos. Porém, cada uma delas tem o seu próprio ponto de partida, a sua metodologia e o seu ponto de chegada.

Enquanto ciência, o Direito não pode simplesmente desprezar a economia, mas deve dela se valer para descortinar o porquê e a finalidade de algumas de suas próprias normas (a produção normativa certamente não atua com tamanho desprezo). Com isso não se está a defender uma teoria econômica pura do Direito: a integração transparente aprimora ambas as disciplinas e não implica subjugar uma à outra, nem tampouco alterar/contaminar os respectivos pressupostos de cognição (ou paradigmas). Mas isso não significa consagrar que a atividade hermenêutica seja destinada a implementar as teorias econômicas. A leitura das normas jurídicas não é ancilar à Ciência Econômica a elas porventura subjacente. Para o jurista, não é só a economia que interpreta o Direito (dizendo o que está contido nesta ou naquela norma).

O que se deseja firmar é o fato de que a compreensão teleológica dos preceitos de Direito Econômico e Direito Administrativo da Economia não pode prescindir do recurso (ou mesmo da ajuda) da Ciência da Economia. Como firmou FÁBIO KONDER COMPARATO acerca do “poder de controle” societário:

“Efetivamente, a análise do fenômeno não deve reduzir-se unicamente aos textos legais, sob pena de mirrar-se numa exegese estéril de palavras. O exercício do poder, em qualquer sociedade, nem sempre se

¹¹⁰ *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: IBET/Resenha Tributária, 1975, p. 9. Essa visão refletir-se-á no seu conceito de atividade econômica como gênero que alberga o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito: “A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um *tipo de atividade econômica*.” (*Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 109). Ampliar e atualizar em *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 49 ss. e 81 ss.



ajusta ao modelo normativo. Há poderes de fato e poderes de direito, assim como há soberanias efetivas e soberanias meramente formais, destituídas de qualquer efetividade.”¹¹¹

A História do Brasil está repleta de exemplos da aplicação de teorias econômicas e os seus paradigmas através de normas jurídicas. Porém, mesmo em casos de comoção nacional, as normas jurídicas permaneceram sendo interpretadas à luz da Constituição (gerando debates e dissensões radicais, é bem verdade).

A referência mais clara diz respeito aos Planos Econômicos (“Cruzado”, “Bresser”, “Verão”, “Collor” etc.) e o respectivo controle jurisdicional. Caso a economia servisse de matriz hermenêutica ao Direito, dificilmente teria ocorrido a desconsideração jurídica dos expurgos de correção monetária, dos empréstimos compulsórios, dos congelamentos, das “tablitas” de deflação e da retenção dos ativos financeiros.¹¹²

Indo avante, e rigorosamente, em muitas hipóteses é próximo do impossível conhecer o Direito sem um estudo prévio da economia (e vice-versa). Há casos em que a leitura da norma jurídica não prescinde do conhecimento econômico, sem que isso signifique a submissão daquela a este. As mutações atuais operadas no mundo do Direito comprovam a assertiva. Por exemplo, é francamente inviável a perfeita compreensão das autoridades reguladoras independentes sem a cognição prévia do que venha a ser a regulação econômica,

¹¹¹ *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 31. Em sentido semelhante, ALEXANDRE DITZEL FARACO, *Regulação e direito concorrencial*. São Paulo: Paulista, 2003, p. 198/206.

¹¹² A doutrina e a jurisprudência brasileiras são fartas quanto ao controle jurisdicional dos Planos Econômicos. Por todos, a ampla análise de LUÍS ROBERTO BARROSO (“Crise econômica e direito constitucional.”, cit., *passim*). Especificamente no sentido da inconstitucionalidade do Plano Collor: FÁBIO KONDER COMPARATO, “Recolhimento forçado, ao Banco Central, de saldos de contas bancárias”, in *Direito público*, cit., p. 179 ss. A favor da legitimidade de tais medidas: GILMAR FERREIRA MENDES, “A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada ‘retenção dos ativos financeiros’ (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)”, *RDA* 186/26. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1991, e DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo”, *Revista de Informação Legislativa* 108/49. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1990. Para um exame quanto à constitucionalidade das variações dos índices de correção monetária, o conceito de direito adquirido e respectiva jurisprudência temática, v. TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Planos econômicos, direito adquirido e FGTS.” *RTDP* 22/64. São Paulo: Malheiros, 1998.

os marcos regulatórios, os monopólios, o compartilhamento de infraestruturas, a teoria da captura etc.

O jurista que pretendesse ignorar essas realidades estaria destinado a interpretar as normas sem se aperceber do porquê de sua existência (e mesmo o seu sentido, conteúdo e alcance). Significaria apreender um outro mundo, ainda diverso daquele do ser e do dever-ser: um mundo interno à própria alternativa individual de cognição excludente adotada pelo intérprete. Ao excluir peremptoriamente a economia de seu universo hermenêutico, o jurista criaria o seu mundo peculiar e exclusivo, recheado de normas jurídicas para as quais a economia não existe (ou não gera quaisquer efeitos).

Caso se descarte o conhecimento da motivação econômica de tais fatos disciplinados pelo Direito, estar-se-á diante de uma análise parcial de um fenômeno multifacetado – correndo-se o sério risco de propor soluções jurídicas dissociadas da realidade. E o hermeneuta não pode abstrair da realidade para interpretar o Direito.¹¹³ Não pode se contentar com uma explicação científica analítica parcial, que não compreenda os valores subjacentes à norma e abstraia-se da qualidade política do Direito Administrativo da Economia.

Além disso, há determinados momentos em que o Direito simplesmente *não dispõe* dos conceitos básicos a autorizar uma compreensão normativa imediata e estrita do fenômeno econômico (nem tampouco pode o leitor os criar livremente). Claro que sempre se pode lançar mão do recurso, *e.g.*, ao Direito Romano para explicar o pedágio em rodovias objeto de concessão ou ao *iter* das célebres máximas hermenêuticas de SAVIGNY (interpretação histórica, literal, sistemática e teleológica) para descobrir o significado do princípio da universalização do serviço de telecomunicações, mas a natureza atributiva do Direito e de sua interpretação tenderiam a carecer de qualquer substância.

¹¹³ Essa compreensão alinha-se à premissa de FÁBIO KONDER COMPARATO acerca da decomposição das instituições sociais nos planos da sociologia (ou antropologia), da técnica jurídica e de ordem ética: “Essa decomposição da realidade institucional em planos ou perspectivas é, porém, artificial e estática. Para se apreender a instituição vigente como elemento da realidade vital, é necessário observá-la em sua integralidade sintética, no fluxo da História.” (“Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático”, in HÉLIO JAGUARIBE (coord.). *Brasil, sociedade democrática*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985, p. 394).



Isso faria com que o intérprete se esforçasse ainda mais numa leitura ao mesmo tempo criativa e fechada do Ordenamento Jurídico, a fim de fazer emergir um conceito explícito resultante do que está implícito no sistema (ou do que *talvez* esteja implícito). O que pode gerar desvios e, com certeza, deixa de produzir conceitos unânimes (ou ao menos estáveis).

Tome-se um exemplo contemporâneo, que diz respeito ao Direito Administrativo da Economia: a qualificação jurídica do fenômeno do “compartilhamento de infraestruturas” (que envolve a doutrina das *essential facilities* – os insumos essenciais ao exercício de determinada atividade econômica).

Há doutrinadores que, em determinados casos (que envolvem o uso de bens imóveis), sustentam tratar-se de uma servidão administrativa, enquanto outros negam peremptoriamente tal característica.¹¹⁴ Uma vez que não há definição normativa a respeito (como soe acontecer no Direito Administrativo), as controvérsias permanecerão amplas por um bom período de tempo.

Ocorre que, no sistema brasileiro, os princípios da inafastabilidade e do *non liquet* tornam as coisas ainda mais complicadas. Mesmo que os temas envolvam controvérsias inéditas ao mundo do dever-ser substancial, o Judiciário não pode se abster de proferir a decisão nos casos concretos postos em juízo (Constituição, art. 5º, inc. XXXV, e CPC, art. 126).

Mais do que isso, é nítido que o Direito presta-se a positivar e implementar as teorias econômicas através das políticas públicas, dando aplicação às ideias elaboradas pelos economistas ou institucionalizando o seu controle. O que

¹¹⁴ No primeiro sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Parcerias da administração pública*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 374 ss.) e ADILSON ABREU DALLARI (“Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações”, *RDA* 223/29. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2001). No segundo, ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (“Serviços públicos e concorrência”, *RDPE* 2/59. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003). Acerca do compartilhamento de infra-estruturas, v. PEDRO DUTRA (“Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações”. *RDA* 226/139. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2001); ALEXANDRE DITZEL FARACO (*Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 295 ss.); PHILIP AREEDA (“Essential facilities: an epithet in need of limiting principles”, *Antitrust law journal* 58/841, 1990); EILEEN SHEEHAN (“Unilateral refusals to deal and the role of the essential facility doctrine”, *World competition* 22(4)/67, 1999 – este com amplas referências bibliográficas e jurisprudenciais da Comunidade Européia e dos EUA) e GREGORY J. WERDEN (“The law and economics of the essential facility doctrine”, *Saint Louis University Law Journal* 32(2)/433, 1987).

não significa a defesa de uma obediência irrestrita do mundo jurídico à seara econômica, nem tampouco um enaltecimento da discricionariedade técnica.¹¹⁵ O Direito Administrativo não pode ser um apanágio da economia, mas exige uma compreensão exaustiva de seus pressupostos.

Assim, a disciplina do Direito Administrativo da Economia estuda a ordem jurídico-administrativa de fatos e relações econômicas – sem os desprezar, mas os examinando sob um ângulo todo próprio. Ideia equivalente se vislumbra na concepção prévia à análise do conteúdo do Direito Econômico, tal como proposta por EROS ROBERTO GRAU:

“A análise do problema deve ser empreendida mediante a determinação do conteúdo do Direito Econômico. Para que o possamos compreender, pois, é imprescindível, preliminarmente, procedermos a tal consideração, que nos leva a afirmar a distinção existente entre o *fato econômico isolado, tomado como fundamento do Direito, e o fato econômico juridicamente regulado*. No primeiro caso, o elemento econômico é tomado como dado para a construção do Direito; no segundo, na regulamentação jurídica do econômico, encontramos o conteúdo do Direito Econômico.”¹¹⁶

Por fim, não se olvide que o intérprete carrega consigo uma série de premissas jurídicas ao ler os textos normativos (mesmo institucionais, ideológicas e pessoais). Cada qual detém a sua própria “lente idiossincrática”. Os comandos normativos são descobertos e aplicados de acordo com a construção prévia de uma série de pressupostos cognitivos que tendem a levar a exegese do Direito para si, em si e por si. A norma a ser aplicada surge no momento da sua leitura – já está positivada em texto legal, mas é o operador jurídico que descobre/implementa o seu significado concreto.

Tudo isso em combinação com a carga cognitiva aportada pelo momento histórico da sociedade em que vive o intérprete. Constatação que

¹¹⁵ A respeito da discricionariedade técnica e sua crítica, v. nosso “Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a ‘elaboração processual de normas’.” *RDPE* 2/221, cit., p. 251/254.

¹¹⁶ *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978, p. 251. Ou de uma forma mais explícita: “Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão um conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 61).

remonta à advertência de EROS ROBERTO GRAU: “O direito não apenas *possui uma linguagem*, mas *é uma linguagem*, na medida em que instrumenta uma modalidade de comunicação entre os homens, seja para ordenar situações de conflito, seja para instrumentalizar políticas.”¹¹⁷ E comunicação nem sempre é o que o emissor deseja transmitir (*voluntas legislatoris*), mas o que o receptor compreende (que acaba por se tornar a *voluntas legis*).

4.3.2 A criatividade econômica versus o conservadorismo jurídico

Claro que pode haver coincidências, mas fato é que a Ciência da Economia goza de uma liberdade criativa muito maior do que a da Ciência do Direito (mesmo no Direito Administrativo da Economia). As atribuições e o desenvolvimento da economia vinculam-se a escolas edificadoras de teorias dinâmicas, a propor constantes e renovadas soluções aos diuturnos problemas concretos – que têm como ponto de partida e são diretamente aplicadas no mundo do ser (na maioria das vezes valendo-se do Direito como instrumento de ação).

A economia vê o presente à luz do exame do passado, mas pensando no futuro e propondo inovações imediatas para esse futuro. Já Direito é mais lento, fechado e reacionário. Baseia-se no que já foi positivado em princípios e regras, depois de um longo processo de elaboração que tem por lastro uma visão de um passado remoto. Suas propostas são de estabilidade e segurança das relações jurídicas. A aplicação do Direito entende e cria o presente pensando no passado; o futuro é “inovado” com base nos limites de um passado ideal.

Esse caráter pretérito do Direito tem agravantes naquilo que LUÍS ROBERTO BARROSO denominou de “uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo”. Ao definir a *hermenêutica*

¹¹⁷ *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000, p. 40.

retrospectiva, BARROSO reporta-se à lição de BARBOSA MOREIRA: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou.”¹¹⁸

Essa constante visão longínqua impede a compreensão do presente e o desenvolvimento de um novo futuro – correndo o risco de fixar o paradoxo de um “futuro velho”. Mesmo porque, tal como desenvolvido por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, o que se exige é que a visão contemporânea do Direito Administrativo produza decisões motivadas não apenas com dados do passado, “mas que sejam considerados também elementos justificativos voltados para o futuro, através de um exercício *prospectivo*”.¹¹⁹ A eficiência e a justeza das decisões administrativas (e mesmo da concepção do Direito Administrativo da Economia) devem necessariamente passar por tal olhar voltado para o futuro.

Assim, é preciso continuamente romper a barreira do passado, que envolve uma concepção hermenêutica teimosamente emperrada. O Direito se renova não apenas através da positivação de preceitos, mas também (e especialmente) na leitura dos intérpretes. Proceder a uma hermenêutica retrospectiva da intervenção/regulação econômica pode importar uma negativa formal de um presente substancial e uma fixação de soluções rejeitadas pelo mundo contemporâneo. Ou cogitando-se da questão num plano mais amplo, na permanente lição de MIGUEL REALE:

“Conceber a ordem jurídica como uma ordem estática ou como resultado de um processo definitivo de adaptação significa perder o sentido íntimo do direito e confundir a ordem jurídica substancial com a ordem jurídica formal, a qual nos é dada pelo sistema de normas legais ou pela atividade jurisdicional, não sendo sempre expressão fiel daquela.

[...]

¹¹⁸ “Dez Anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?)”. RTDP 20/39. São Paulo: Malheiros, 1997. GOMES CANOTILHO traduz com clareza o dilema entre as “correntes interpretativistas” (prestígio à *rule of law*, não à *rule of judges*) e as “posições não-interpretativistas” (a busca do “significado substancial”) na interpretação constitucional (cf. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1179 ss.).

¹¹⁹ *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 101.

“O direito é, dessarte, ao mesmo tempo, *unidade e multiplicidade, estabilidade e movimento*, porque é a expressão da unidade múltíplice da sociedade (*unitas ordinis*) e a garantia do progresso ético e material na ordem e na paz (*equilíbrio em movimento*).”¹²⁰

Essa rápida descrição pretende fixar uma proposição simultaneamente dissociativa e integradora de conceitos jurídicos e econômicos. Dissociativa ao estabelecer as pautas de análise e a transparência não-subordinante dos conceitos. Integradora ao não rejeitar a compreensão econômica primária e a teleologia de alguns dos fenômenos disciplinados pelo Direito. As linguagens e leituras dessemelhantes não configuram um impeditivo, mas um estímulo ao intérprete e a dialética entre as disciplinas leva à compreensão de um Direito Administrativo adjetivado pela economia.

Seria por demais radical pretender afastar o Direito das instituições (e ideias) sociais de sua época, bem como pretender interpretá-lo unicamente à luz da reiterada leitura das palavras postas nos textos legais. Não se está a defender a integração ou confusão de planos, mas a compreensão da realidade que se põe ao redor do Direito e onde ele próprio Direito se insere. Não se perca de vista a concepção weberiana do Direito como reflexo das ideias dominantes, assim traduzida por ORLANDO GOMES:

“as instituições jurídicas não se explicam a partir de si mesmas, só podendo ser compreendidas à luz daquelas ideias que orientam a direção política e cultural da sociedade.

[...]

“O conhecimento da realidade não-dissimulada é o pressuposto obrigatório da função do jurista que não se limita a ser um simples técnico do Direito.”¹²¹

Assim, e à parte da discussão entre um normativismo puro (num extremo) e uma interpretação aberta de um Direito alternativo (noutro), é importante dissociar as linguagens, as abordagens e os escopos. Mesmo porque “é

¹²⁰ “O poder na democracia”, in *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 225/226.

¹²¹ “Direito e ideologia”, cit., p. 2/3 e 12. O que leva às considerações de EROS ROBERTO GRAU sobre as variações desse produto cultural – não “o direito”, mas sim “os direitos” (“Nota introdutória sobre o direito”, in *O direito posto e o direito pressuposto*, cit., p. 15 ss.).

óbvio que também *o Direito econômico não sai do nada, senão que se configura em função do sistema econômico sobre o qual se projeta e do qual é emanção.*"¹²²

4.3.3 *Locuções iguais, ideias diferentes: um exemplo*

A tese acima descrita torna-se ainda mais necessária porque é usual que conceitos clássicos de uma disciplina sejam absolutamente díspares dos conceitos albergados pela outra. Muitas vezes, os mesmos termos denotam ideias diferentes (compatíveis ou não entre si). O que torna próximo do inevitável que a intersecção entre o Direito e a economia exija uma dominância, a depender de quem faz a abordagem e do momento em que ela é feita. Um rápido exemplo satisfaz os limites deste exame inicial: o uso da locução “bens públicos”.

Para o Direito, a expressão “bens públicos” significa “os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem” (Cód. Civil, art. 98). Estão disciplinados na Constituição os bens da União (arts. 20 e 176, *caput*) e dos Estados (art. 26).

Sob o enfoque específico do Direito Administrativo, confira-se a doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Bens públicos são todos os bens que pertencem às *pessoas jurídicas de Direito Público*, isto é, União, Estados, Distrito Federal, Municípios, respectivas autarquias e fundações de Direito Público [...], bem como os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público.

“O conjunto dos bens públicos forma o ‘domínio público’, que inclui tanto bens móveis como imóveis.

[...]

“A noção de bem público, tal como qualquer outra noção em Direito, só interessa se for correlata a um dado regime jurídico. Assim, todos os bens que estiverem sujeitos ao mesmo regime público deverão ser havidos como bens públicos. Ora, bens particulares quando afetados a

¹²² ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 8.

uma atividade pública (enquanto o estiverem) ficam submissos ao mesmo regime jurídico dos bens de *propriedade pública*. Logo, têm de estar incluídos no conceito de bem público.”¹²³

O conceito jurídico de bens públicos envolve um conjunto de normas previamente fixado unido a uma concepção orgânico-funcional. Seja devido ao título originário do sujeito detentor, seja devido à finalidade atribuída ao bem, a outorga de tal qualidade ao objeto deriva de uma premissa normativa. *V.g.*, são bens públicos os mares e rios, as ruas e praças (bens de uso comum), os teatros públicos, os veículos oficiais, os livros das bibliotecas públicas (bens de uso especial), bem como as terras devolutas e os terrenos de marinha (bens dominiais).

Assim, pouco importa o custo e a utilidade para a configuração jurídica de um bem público, nem tampouco a administração desses recursos (escassos?), mas a destinação ou afetação do bem. Inclusive, a alienação de bens públicos exige autorização legislativa específica e/ou ato do Executivo dando aplicação à lei (Cód. Civil, art. 100 e Lei 8.666/1993, art. 17 ss.).

Para a economia, a locução “bens públicos” reporta-se a bens que satisfazem necessidades coletivas passivas, cujo consumo é inexcluível (pois não se pode cobrar o seu preço apenas dos utentes; logo, não se pode excluir os que não pagam) e irrisível (pois o consumo por um utente não divide o bem nem impede a sua utilização por terceiros; logo, várias pessoas podem utilizar o bem sem prejuízo recíproco). Descrição essa que é a síntese da lição de J. J. TEIXEIRA RIBEIRO:

“É a *passividade* no consumo, a qual se traduz na impossibilidade de exclusão, isto é, na *inexcluibilidade*. Ora, havendo inexcluibilidade, há indivisibilidade no consumo e, portanto, *irrisibilidade*; com efeito, se o consumo de um bem é inexcluível, ele é igualmente não rival, no sentido de que a utilização do bem por *A* não impede ou prejudica a sua utilização por *B*.”¹²⁴

¹²³ *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 779/780. Sobre o conceito jurídico de bens públicos, sua evolução histórica e legislativa, v. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito administrativo*, cit., p. 539 ss. Inovadora é a proposta de JUAREZ FREITAS, a fim de rever e repensar a classificação civilista dos bens públicos (“Da necessária reclassificação dos bens públicos”, in *Estudos de direito administrativo*, cit., p. 64/77 – o texto permanece atual, apesar de escrito à luz do Cód. Civil de 1916).

¹²⁴ *Lições de finanças públicas*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 23. Aprofundar o conceito em JOSEPH E. STIGLITZ, *Economics of the public sector*, cit., p. 79/80 e 127/188.



Bens públicos econômicos satisfazem necessidades cujos custos de produção não podem ser (ou simplesmente não são) arcados individualmente pelas pessoas privadas, ao mesmo tempo em que todos se beneficiam passivamente da sua existência. São exemplos clássicos da teoria econômica, que variam de acordo com a escola que os adota: o farol, a defesa nacional, a pesquisa básica, a estabilidade econômica e a redistribuição de rendimento.

Reitere-se a evidência de que a constatação não implica uma rejeição recíproca dos conceitos aos respectivos objetos, mas um esclarecimento quanto à compreensão compartimentada de cada uma das disciplinas e os limites das interações.

4.4 Conclusões parciais

A Ordem Econômica constitucional surgiu no mundo do Direito em decorrência de fenômenos sociais vinculados a dilemas econômicos experimentados por países em crise. As dificuldades já não puderam ser resolvidas à luz das soluções anteriores. Deu-se o ingresso do Estado, através do Direito, no exercício de atividades produtivas e na regulação econômica.

Essa aurora de uma disciplina jurídica numa área tão essencial à convivência social não poderia deixar de criar sérias polêmicas. A mocidade, unida à sua magna importância, fez com que o Direito Administrativo da Economia experimentasse intensas mudanças e reveses – de usual, implementados numa velocidade própria das decisões econômicas (que tende a deixar o Direito numa situação desconfortável).

Ocorre que a distância entre a Ciência do Direito Administrativo da Economia e a Ciência da própria Economia é proporcional à importância de sua boa convivência. As disciplinas exigem, para a sobrevivência recíproca, uma política de boa vizinhança. Os muros lá permanecem, mas os vizinhos devem se esmerar em



gerar uma integração cordial. Mesmo para se rejeitar aplicações puramente econômicas do Direito, o jurista há de entender e descortinar a economia.



5. DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA: ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PODER ECONÔMICO

Conforme acima descrito, o núcleo duro do Direito Administrativo é a criação e o controle do poder administrativo do Estado, este compreendido em termos jurídicos na condição de dever a ser perseguido pelos agentes públicos. Isso não apenas num ângulo introspectivo da Administração, mas em especial frente ao seu desenvolvimento avantajado nas relações socioeconômicas e políticas com as pessoas privadas.

5.1 Ressalva prévia: o dever-poder administrativo e o poder econômico

A cogitação acerca do Direito Administrativo da Economia envolve aquela que talvez seja a mais séria manifestação de poder, cuja disciplina é uma das mais árduas: o poder econômico (do Estado e dos particulares).

Ao longo da História, essa é uma das esferas de poder mais estável e permanente em todas as nações (ao lado do poder teológico e do poder político, os três muitas vezes irremediavelmente unidos entre si).

Note-se que há um corte de planos lógicos: através de normas jurídicas, o Direito Administrativo da Economia institucionaliza a Administração Pública e o exercício da função administrativo-econômica – a qual, ao seu tempo, intervém sobre o poder econômico dos mercados. Intervenção formal e substancial, institucionalizada pelo Direito e realizada das mais diversas maneiras. É o *dever-poder* administrativo exercitando e controlando o poder econômico (ou ao menos tentando controlá-lo).

Constatação que traz consigo um rol muito mais rico de alternativas para o poder econômico do que para as competências da Administração (esta tem

os seus limites positivados em lei prévia – ao contrário daquele, que tem limites no mundo do ser e alguns poucos no mundo do dever-ser). A exceção de um é a regra do outro.

Destaque-se que se pretende conferir ao termo “poder econômico” uma acepção de capacidade inerente aos agentes privados (como será melhor descrito a seguir). Ao se tratar do “poder” exercitado pela Administração, utilizar-se-ão as locuções “dever-poder” e “competência”.

Com isso se visa a sublinhar a qualificação *funcional* das competências atribuídas por lei à Administração Pública: a fonte primária do poder administrativo (a norma jurídica) atribui, ela mesma, um determinado fim a ser perseguido quando do exercício desse mesmo poder, funcionalizando as competências detidas pela Administração.¹²⁵

O poder não é algo que se concede ou que se ganha: é conquistado (e consolidado). Mais do que isso: numa sociedade democrática, o poder não é imanente nem transcendente, mas é adquirido devido ao bom êxito dos próprios particulares. Frente aos regimes democráticos, nem o poder político nem o econômico possuem tais características – pois nenhum deles advém da natureza essencial daquele que o exerce (como nas monarquias absolutas) ou de um poder supremo alheio à sociedade em que é exercido (como nos governos teocráticos).¹²⁶

O poder é eficaz quando detentor de atributos que o tornem desigual e desproporcional. Caso os demais operadores disponham de capacidades e

¹²⁵ FÁBIO KONDER COMPARATO vai além e afirma a funcionalização de *todo e qualquer* poder jurídico, especialmente o econômico: “Com efeito, todo poder jurídico reduz-se, em última análise, a uma função, cujo exercício se liga a um fim.” [...] “Ora, a finalidade última desse poder [o econômico] do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e a partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade.” (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 393 e 395)..

¹²⁶ A definição de poder é sobremaneira complexa e escapa aos limites do presente texto. Por todos, NORBERTO BOBBIO (*Teoria Geral da Política* (org. MICHELANGELO BOVERO). Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 238 ss., e *Diritto e potere*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992), MIGUEL REALE (“O poder na democracia”, cit., p. 207 ss.), MARIO STOPPINO (verbete “poder”, em BOBBIO, MATTEUCI e PASQUINO, *Dicionário de política*, vol. 2. 3ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1991, p. 933/943) e RICHARD SENNETT (*Autoridade*. Rio de Janeiro: Record, 2001). No entanto, permanece atual o alerta de FÁBIO KONDER COMPARATO, no sentido de que “A importância do poder, como fenômeno social, ainda não foi inteiramente compreendida.” (*Poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 1).

possibilidades equivalentes, frustrada estará a essência de sua definição. O poder gera efeitos típicos e peculiares quando detido com exclusividade por um determinado sujeito (singular ou coletivo). Caso contrário, não é poder, mas assemelhar-se-á à coordenação de interesses.

Igualmente é pacífico, como o explana FÁBIO KONDER COMPARATO, que:

“o fenômeno do poder obedece na sociedade a um movimento centrípeto, ou contracionista”. A soma e o manejo dos instrumentos de poder – compreendidos como os “meios ou recursos cuja disposição ou titularidade (...) confere a um grupo social a qualidade de centro do poder” – é definida pelo autor como “condição indispensável para a existência de um forte centro de poder. A partir de certo grau, a predominância política, para subsistir, deve combinar-se com um mínimo de força armada e capacidade econômica. Todo centro de poder é levado, naturalmente, a adquirir novos instrumentos de poder, ou a aliar-se a outros centros.”¹²⁷

Especialmente o poder econômico tem por lastro a atuação do próprio agente e os seus méritos no mercado. Mas não se trata apenas da faculdade de agir e dispor acerca de sua esfera pessoal de alternativas. Não se pode prestigiar a ideia de que os *interesses egoísticos* dos agentes econômicos são o único fator decisivo para a adoção de condutas, bastando a cada um as oportunidades oriundas das fronteiras de sua liberdade individual. O êxito econômico é conquistado e consolidado pelos próprios operadores com base em decisões autônomas, na justa medida em que influenciem ou mesmo positivem objetivamente a escolha de terceiros.

Ora, as *escolhas racionais* dos agentes econômicos levam em conta exclusivamente as vantagens que porventura possam advir da atuação em determinado mercado e o risco do investimento.¹²⁸ Isso resulta em que aqueles que

¹²⁷ “Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático”, cit., p. 396. O que leva o autor à seguinte conclusão: “Há um certo equívoco tradicional envolto na ideia de uma organização democrática do poder. (...) Ora, todo poder obedece, por natureza, a um movimento centrípeto e contracionista, e não dispersivo ou tendente à diluição em grande número de indivíduos. O poder é, a bem dizer, sempre exterior ao povo, em todas as suas manifestações. Nesse sentido, o conceito de soberania popular encontra-se menos ligado à constituição do poder (a representatividade eleitoral, p. ex.), que à limitação de seu exercício. O povo, obviamente, não é o titular do poder por meio de seus representantes. Ele é antes sujeito *ao* poder do que sujeito *no* poder.” (Ob. cit., p. 397).

¹²⁸ Como lecionam STIGLITZ e WALSH: “Por trás de boa parte da análise econômica está a hipótese básica da *escolha racional*, significando que as pessoas ponderam os custos e benefícios de cada



exercem o poder econômico tenham uma série infinita de novos pretendentes e concorrentes, configurando um perfil agressivo dos agentes econômicos (com diferentes graus de intensidade). Igualmente importa que a ampliação do poder econômico de uns poucos significa a supressão (ou a inexistência) do poder econômico de muitos outros.

O mesmo se diga, num grau decrescente, em relação àqueles que exercem o poder político e o *dever-poder* administrativo. Não se pode desprezar que essas relações de poder reproduzem-se no seio da ordem jurídico-administrativa. Porém, a Administração é institucionalizada pelo princípio da legalidade (cujas origens estão em outros poderes), enquanto que o poder econômico tende a se firmar por si só (caso contrário, poder não seria), dentro da liberdade negativa que o sistema assegura.

A Administração Pública da economia ingressa nesse cenário (ou o constitui) como um estranho, de molde a estabilizar as relações e promover ganhos sociais (ou melhor distribuí-los). Não há espaços vazios a ser conquistados, mas o perene confronto entre poderes.

Em suma, o poder econômico e a sua relação com o Direito Administrativo envolvem uma série de embates – tanto entre os agentes operadores dos respectivos mercados como entre estes e a Administração Pública. Mas para que se possa avançar no tema, cumpre apresentar um rápido esboço do que se compreende por poder econômico.

5.2 Esboço de um conceito de poder econômico

O poder econômico pode ser definido como a possibilidade de tomar decisões autônomas e implementar fatos e condutas que produzam efeitos

possibilidade sempre que se deparam com uma escolha. Essa hipótese está baseada na expectativa de que pessoas e empresas agem de forma coerente, com uma noção razoavelmente bem definida do que gostam e dos objetivos que pretendem alcançar, e com alguma idéia de como é possível chegar a eles.” (*Introdução à microeconomia*, cit., p. 22).

econômicos (diretos ou indiretos, internos ou externos). Envolve a possibilidade e a capacidade de cogitar, decidir e agir, determinando o comportamento próprio e o alheio na esfera das relações econômicas (mesmo sem imposição e mesmo por omissão).

Essa definição traz consigo a noção de que o exercício do poder econômico implica a correspondente restrição às possibilidades decisórias de terceiros. Isto é, na medida em que o seu titular o exerce, os demais agentes que compõem aquele específico mercado têm as suas possibilidades de escolhas empresariais restringidas devido às opções primárias do detentor do poder econômico. O mesmo se dá em relação aos consumidores dos produtos e serviços postos naquele mercado.

Claro que poderia ser cunhada uma definição de “poder econômico” com características não-liberais e mais carregadas na juridicidade. Por exemplo: “a possibilidade [*autorizada ou não-proibida pelo Direito*] para tomar decisões [*não-autônomas ou permitidas*] e implementar fatos e condutas que produzam efeitos econômicos [*lícitos*] (diretos ou indiretos)”. Mas, rigorosamente, não mais se trataria de *poder* em sentido estrito.

Isso porque o poder econômico não depende da aprovação ou aceitação alheia, mas se impõe e mantém-se por si só não somente em face do agente ativo, mas de todos os demais agentes econômicos. Na dicção de MIGUEL REALE, essa é a nota distintiva do poder propriamente dito: “um *ato decisório dotado de validade objetiva*” [...] “*Em poder escolher para outrem consiste a nota distintiva e eminente do poder*”.¹²⁹

O poder econômico resulta da espontaneidade dos próprios agentes, de sua conduta concreta nos respectivos mercados mediante atos de vontade e da influência objetiva, determinante dos comportamentos alheios. Em decorrência, suprime a espontaneidade de outros tantos agentes econômicos (estes em

¹²⁹ “O poder na democracia”, cit., p. 215. COMPARATO contrapõe-se ao entendimento de REALE, no sentido de que a “preposição de finalidade” caracterizaria o poder: “Posso, com efeito, tomar uma decisão para outrem, ou em seu benefício, na minha esfera de competência, sem eliminar a capacidade decisória do beneficiário.” – defendendo o “poder de decidir *por outrem*” (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 103 e nota nº 59).



número francamente superior). Não é imanente pois é conquistado de fato; nem é transcendente porque é oriundo dos agentes eles mesmos e de suas ações econômicas. A ampliação da influência objetiva nas decisões econômicas alheias denota a dimensão do poder econômico em jogo.

Logo, esse conceito alberga a possibilidade de alguns agentes econômicos imporem as suas decisões a todos os demais operadores do mercado – incluindo-se aí o Estado. E com certeza essa imposição de vontade será favorável ao seu detentor.

Quando muito, talvez o poder econômico seja imanente ao conceito liberal ortodoxo de mercado, inseparavelmente contido (ou implicado) na natureza liberal desse mesmo conceito. (O que poderia implicar um moto-contínuo, inercial e neutralizador do conceito de poder.) E o mercado perfeito talvez seja transcendente ao poder econômico e seus agentes, pois sua perfeição absoluta o colocaria além da realidade sensível (estaria além da substância).

Não há dúvidas de que a concepção acima descrita traz consigo uma ideia liberal da economia e suas consequências. Não na defesa de um liberalismo clássico, pleno e absoluto, mas oriundo da constatação fática do comportamento dos agentes no mercado. Está se tratando do poder econômico sem freios ou contrapesos de outra natureza que não a conduta econômica dos demais agentes. A possibilidade de as pessoas privadas tomarem suas próprias decisões e exercitarem sem obstruções de qualquer ordem o seu poder frente aos respectivos mercados. Livre concorrência, mercado e agentes econômicos bastar-se-iam.

O que traz consigo o resultado (ou a premissa) do liberalismo econômico: não deveria haver regulação jurídica na esfera econômica, mas o mercado e a sua “mão invisível” (ADAM SMITH) encarregar-se-iam de compor o ótimo social e econômico. O Estado deveria não se intrometer no domínio econômico, pois isso faria com que a perfeição deste não pudesse ser alcançada. O exercício concomitante de vários agentes levaria à uma adequação perfeita (econômica e com resultados sociais ótimos). O Direito Administrativo da Economia estaria fora

desse plano cognitivo (e mesmo fático) – ou, na dicção de FARJAT, seria a antítese da Ordem Econômica liberal.

Segundo essa ideologia liberal, o mercado e a concorrência constroem-se a si próprios, numa autopoiese que fecha o sistema em sua auto-referência interna (uma ordem unitária auto-referencial). Como firmou VITAL MOREIRA:

“A ideologia liberal apresentava-se com uma unidade sem brechas, no plano económico, no plano jurídico, no plano filosófico: *laissez-faire*, *laissez-contracter*, *laissez-aller*, não eram mais do que a expressão da visão de uma sociedade que se acreditava naturalmente ordenada, eternamente equilibrada.”¹³⁰

5.3 Poder econômico e limites jurídicos

Porém, fato é que os agentes econômicos comportam-se de uma forma que não procura não encontrar limites. A liberdade econômica tende a ser conduzida a abusos. As possibilidades de escolhas dos agentes econômicos residem em sua própria capacidade de as implementar no respectivo mercado. “A História adverte que todo poder, livre de peias, degenera, naturalmente, em pura força, a serviço do seu titular. Compete, pois, ao Estado intervir no jogo econômico para evitar a degradação da função social das empresas.”¹³¹

O poder econômico somente se retrai na presença de ou outro poder privado, igual ou superior, ou diante de um poder público institucionalizado com firmeza. Caso contrário, os agentes econômicos comportar-se-iam sem restrições na busca do maior lucro possível e demais benefícios cogitáveis.

A hipótese de concorrência perfeita e a plena liberdade de mercado não residem no comportamento dos agentes econômicos, mas são oriundas do mercado ideal vislumbrado por seus criadores. Logo, é possível afirmar que os

¹³⁰ *Economia e Constituição*, cit., p. 159 (reproduzido em *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 65).

¹³¹ FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 396.



próprios agentes traem essa visão onírica que se poderia ter do mercado concorrencial perfeito. Caso não haja limites institucionalizados, os agentes não hesitarão em tomar decisões que os beneficiem ao máximo (ao mesmo tempo em que prejudicam ao máximo os concorrentes, os consumidores e mesmo o Estado).¹³²

De há muito se constatou que o mercado não funciona à perfeição. O modelo ideal da concorrência perfeita prestar-se-ia a ser um paradigma analítico, mas jamais configurou uma derivação do exame dos fatos concretos e nunca foi implementado integralmente. Melhor dizendo: o modelo nunca existiu de fato (nem pode existir, diga-se de passagem).

O que tornou imprescindível que o Estado fizesse parte da economia: seja para suprir as suas lacunas, seja para corrigir os seus defeitos. Assim, e à parte das considerações acima consignadas acerca do nascimento do Direito Econômico derivado da incapacidade do mercado em arcar com as despesas ínsitas à sociedade e o respectivo avolumar da ação do Estado na economia, é importante avançar no tema e examinar o fenômeno descrito na economia como “falhas de mercado”.

Isso porque o Direito Administrativo da Economia abrange a correção de desvios provocados pelos próprios agentes (ou pelo mercado em si).

5.4 Poder econômico e as falhas de mercado: o exemplo do monopólio

Apesar de os mercados e seus defensores apregoarem os benefícios da ideologia liberal pura, é nítido que muitas vezes a atividade econômica pode se configurar ineficiente ou iníqua. Isso particularmente porque a conquista dos

¹³² Não se está a defender um eventual “vício incorrigível” do mercado capitalista, mas a descrever uma peculiaridade inerente à raça humana. “Na visão de Freud, os seres humanos, caso desimpedidos, buscariam egoisticamente seus interesses, satisfações e prazeres. Se alguém ou alguma coisa interferisse, eles ficariam com raiva e, se acreditassem que eram fortes o bastante, removeriam sem hesitar o obstáculo.” (MICHAEL KAHN, *Freud básico*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 181/182).



mercados incide de forma ampliativa: o exercício do poder econômico visa a gerar e consolidar mais poder. E a “mão invisível” não opera de forma perfeita, pois os mercados falham constantemente.

“A mão invisível orienta, em geral, os mercados para uma alocação eficiente dos recursos. Contudo, por várias razões, a mão invisível às vezes não funciona. Os economistas usam a expressão **falha de mercado** para referir-se à situação em que o mercado por si só não consegue alocar recursos eficientemente.”¹³³

O livre mercado significa a possibilidade plena de os consumidores e os operadores exercerem escolhas livres, num equilíbrio constante devido à perfeição das informações recíprocas.¹³⁴ FÁBIO NUSDEO leciona que o mercado é,

“em si, viável e operacional. No entanto, tal operacionalidade estaria na dependência de diversos pressupostos que a estrutura legal própria do liberalismo não havia logrado captar, muito menos tratar. Como evidente, à ausência daqueles pressupostos, a mecânica operacional do sistema passava a rodar em falso, produzindo resultados também falhos, distanciados do esperado e, em muitos casos, francamente inaceitáveis.” São as chamadas “falhas, imperfeições ou inoperacionalidade do mercado.”¹³⁵

Cogite-se de um exemplo tradicional das falhas de mercado: o monopólio.¹³⁶ Não há dúvidas de que os agentes econômicos pretendem, sem

¹³³ N. GREGORY MANKIW, *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Campus, 2001, p. 11. São exemplos de falhas de mercado: monopólio, externalidades, oligopólio, informações assimétricas, bens públicos, concorrência destrutiva etc. Como será visto avante, as falhas de mercado são uma das razões da intervenção do Estado na Ordem Econômica. Ampliar em JOSEPH E. STIGLITZ e CARL E. WALSH, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 187/286.

¹³⁴ Adotando-se a lição de EDVALDO BRITO: “*Mercado* está aqui entendido na sua acepção de fenômeno resultante da *decisão* dos consumidores sobre aquilo que deve ser produzido, ou seja, resultante das preferências manifestadas quanto ao que pretendem adquirir (...) *Mercado* está aqui entendido em concepção oposta à forma das trocas realizadas em condições *decididas* anteriormente pelos poderes públicos que constituem no sujeito econômico privilegiado: o Estado (...)” (*Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*, cit., p. 36).

¹³⁵ *Curso de economia*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2001, p. 139.

¹³⁶ A origem e evolução dos monopólios merece ser vista em AVELÃS NUNES, *Os sistemas econômicos*, cit., p. 161/207 (que abrange os capítulos denominados “O capitalismo monopolista” e “O capitalismo monopolista de Estado”). Acerca dos conceitos jurídicos de monopólio e monopólio estatal, v. FÁBIO KONDER COMPARATO (“Monopólio público e domínio público – exploração indireta da atividade monopolizada”, in *Direito Público*, cit., p. 146 ss) e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES (“Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União.” *RTDP*14/160. São Paulo: Malheiros, 1996).



exceção, aumentar os lucros na maior medida possível (e imaginável). Os seus legítimos interesses egoísticos visam a diminuir os custos, dominar o mercado em que atuam e impor os preços que deem o melhor retorno ao investimento. Quanto menor o número de concorrentes a oferecer o mesmo produto ou serviço, mais fácil ao agente exercer o seu poder econômico no mercado visado.

O monopólio é a expressão máxima do *poder de mercado*. Deter poder de mercado significa a capacidade de influir decisivamente sobre os preços de um determinado produto. Implica a definição do comportamento dos demais agentes econômicos do respectivo setor, de molde a estabelecer objetivamente o preço do produto por si produzido, impondo-o ao mercado (e, em consequência, a qualidade e a quantidade).

À evidência, o conceito admite variações. Por exemplo, e num sentido mais específico, CALIXTO SALOMÃO FILHO define o *poder no mercado* não como a possibilidade de aumentar preços (teoria neoclássica), “mas sim a possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade ou pequena participação e maior lucratividade.”¹³⁷

Deveras, o objetivo ideal para que todas as atividades econômicas se dirigem é o monopólio puro ou, no mínimo, o *poder de monopólio*: um específico produto ou serviço fornecido com ampla dominância num determinado setor da economia. Conquista e controle que asseguram vantagens extraordinárias ao seu detentor.

No monopólio, o poder de mercado é incontestável – o monopolista é um *price maker*, não um *price taker* (ao contrário da hipótese teórica da concorrência perfeita, em que os agentes limitam-se a aceitar os preços, espontânea e objetivamente produzidos pelo próprio mercado). No monopólio, o preço é fabricado pelo agente como se mais um produto fosse. Na medida em que só existe um único vendedor, a demanda numa situação de monopólio é (ou tende a ser) toda a demanda do mercado.

¹³⁷ *Direito concorrencial – as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 83. Características que poderiam ser consideradas como “emanações” do exercício do poder de mercado.



Em tese, haverá a capacidade de dominar um mercado sem competição, determinando unilateralmente os preços, a quantidade e a qualidade dos bens.¹³⁸ A rigor, o monopolista define *ou* o preço do produto *ou* a quantidade que deseja vender. Não pode fixar ambos os fatores, porque não pode controlar a demanda: se aumentar o preço, diminuirá a quantidade vendida; se aumentar a quantidade ofertada, deverá diminuir o preço (se aumentar preço e quantidade, irá à falência com um estoque gigantesco).

O ponto ideal do monopólio está na máxima oferta quantitativa ao preço mais elevado possível, aumentando sobremaneira o lucro por unidade vendida (o que normalmente implica uma produção em menor escala do que num mercado concorrencial).

O monopolista tende a realizar grandes investimentos iniciais e lucros anormais a longo prazo (pois não ingressarão novos concorrentes no mercado, que se adaptará às regras da oferta). Logo, os monopólios são projetos (ou investimentos) duradouros (longa maturação para o retorno esperado), unidos ao desenvolvimento de barreiras ao ingresso (ou à retirada) de terceiros do respectivo mercado (e respectivos custos).

É importante sublinhar que os monopólios não são puramente subjetivos/individuais (uma só empresa), mas se caracterizam objetivamente pela unicidade da oferta (uma só oferta). Os compradores têm apenas um vendedor do produto que buscam adquirir. Isso significa que o monopólio pode assumir a forma de organizações empresariais ou associações de empresas (as chamadas

¹³⁸ Dito em tese porque não há hipótese em que a escolha do preço e produção (qualidade e quantidade) sejam independentes do mercado. Caso o preço seja sobremaneira alto, a quantidade vendida será pequena. Caso o preço seja muito baixo, a qualidade poderá restar comprometida. Logo, o comportamento do consumidor tem influência na definição das escolhas empresariais. Ampliar em VARIAN, *Intermediate microeconomics*, cit., p. 414 ss. A exceção está nos monopólios de bens essenciais, em que o monopolista poderia determinar quantidade e preço (p. ex., energia elétrica ou água em regime de racionamento a um preço elevado). O que gera problemas quanto ao controle dos preços em mercados concentrados e essenciais, especialmente derivados da assimetria de informações (v. ALEXANDRE DITZEL FARACO, *Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 160/169) e a questão das “tarifas módicas” (v. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviço público*, cit., p. 350 ss., e MIGUEL ÁNGEL LASCHERAS, *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 43/77).



“práticas monopolistas”). O importante está em que o preço não é fixado pelo mercado ou pela demanda, mas pelo único vendedor (individual ou coletivo).

Ademais, há os inescapáveis *monopólios naturais*: aqueles em que as condições estruturais e/ou tecnológicas não permitem a presença de dois agentes no mercado. Seria imprestável à concorrência, aos empresários e aos consumidores que houvesse mais de um fornecedor do específico produto ou serviço. A desproporção entre os custos fixos e os preços praticáveis inviabiliza a instalação da tradicional concorrência de mercado.

O setor de água e saneamento é um exemplo típico de monopólio natural, em que é mais eficiente haver apenas um agente econômico atuando, pois é inviável uma solução que permita a concorrência do lado da oferta (altíssimo investimento inicial imobilizado, retorno a longo prazo, risco elevado etc.).¹³⁹ Outros exemplos são aqueles que também envolvem infra-estruturas com custos elevados, alguns dos quais vêm sendo atenuados com o avanço tecnológico (as ferrovias, o sistema de telefonia fixa, as rodovias, as usinas hidrelétricas etc.).¹⁴⁰

Contudo, se o poder de monopólio é a hipótese ideal para os empresários, de usual configura o prognóstico péssimo para o consumidor.

“Uma indústria competitiva opera num ponto onde o preço equivale ao custo marginal. Uma indústria monopolizada opera onde o preço é maior do que o custo marginal. Por isso que em geral o preço será mais alto e a produção menor se a empresa adotar comportamento monopolístico ao invés de competitivo. Por essa razão, os consumidores estarão tipicamente em pior situação num setor organizado como um monopólio do que num organizado de forma competitiva.”¹⁴¹

¹³⁹ A concorrência pode dar-se apenas num momento inicial: uma licitação em que os interessados oferecem preços competitivos unidos a serviços eficientes. Caso não cumpridas as metas, o agente perde a titularidade da execução do serviço e instala-se nova competição. Trata-se da competição *ex ante*, que envolve a concorrência na fixação de preços e lucros quando da formulação das ofertas (cf. VISCUSI, VERNON e HARRINGTON, JR., *Economics of regulation and antitrust*, cit., p. 397 ss.).

¹⁴⁰ É importante a menção ao já clássico ensaio de RICHARD A. POSNER, que reputa ser injustificável a regulação pública mesmo nas hipóteses de monopólio natural (*Natural monopoly and its regulation*. 30th anniversary ed. Washington: Cato Institute, 1999).

¹⁴¹ VARIAN, *Intermediate microeconomics*, cit., p. 420/421. O exemplo de VARIAN para o monopólio é o cartel de diamantes De Beers, que se instalou na África do Sul em 1930 e detém aproximadamente 80% da produção mundial de diamantes, controlando o mercado há décadas (ob. cit., p. 429, com o sugestivo subtítulo de “*diamonds are forever*”).

O detalhe está em que nos mercados competitivos quem fixa o preço é, em tese, a concorrência. A competição faz com que os lucros dos empresários aproximem-se do custo marginal (entendido como “o custo extra que corresponde a cada unidade de produção adicional”¹⁴²). O que conduz os empresários à constante busca pela eficiência (administrativa, tecnológica etc.), visando a diminuir o custo marginal. Enquanto isso, o monopolista conduz unilateralmente o seu preço num sentido inverso: quanto maior o preço, maiores os lucros por unidade produzida.

A tendência dos agentes econômicos é a de conquistar, manter e ampliar o poder de monopólio. O que resulta no desenvolvimento de restrições à entrada (ou à futura saída) de novos agentes naquele mercado específico, que devem ser tão ou mais eficientes que o exercício da própria atividade econômica do agente. As barreiras são um custo extraordinário, que se refletirá no preço praticado pelo monopolista (é o único que pode inserir custos extraordinários sem preocupações). *V.g.*, a concentração de matérias-primas, as barreiras técnicas (o exemplo da *Microsoft* é típico) e as barreiras legais e aduaneiras.

Porém, a evolução dos grandes grupos econômicos vem alterando a concepção restrita do conceito de monopólio (e os efeitos que nele residem). Mesmo na ausência de monopólios, o poder de mercado dos grandes setores industriais implica uma dominação das relações econômicas e um gravame aos indivíduos privados – cujas escolhas cada vez mais dependem de decisões de grandes conglomerados. A esse respeito, AVELÃS NUNES observou com segurança que:

“A *mão invisível* do mercado foi substituída pela *mão (muito) visível* das grandes empresas ‘monopolistas’, dos cartéis internacionais, dos poderosos conglomerados transacionais, das grandes empresas públicas, do estado e suas agências.

“Vários autores sublinham que, nas condições actuais, quem, verdadeiramente, decide da utilização dos recursos disponíveis não é o mercado mas as grandes empresas multinacionais.”¹⁴³

¹⁴² JOSEPH E. STIGLITZ e CARL E. WALSH, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 112.

¹⁴³ *Noção e objecto da economia política*, cit., p. 61. Quanto à ampliação do poder econômico das multinacionais e respectivos “novos aspectos da concentração capitalista”, v. AVELÃS NUNES, *Os*

O poder econômico das grandes corporações chega a prescindir tanto de um conceito circunscrito de mercado quanto das características historicamente tidas por clássicas do monopólio econômico. O paradigma do mercado concorrencial não mais condiciona as grandes empresas multinacionais.

Ao contrário, pois o novo mercado mundial ainda está se iniciando no que diz respeito às regras globais para a concorrência e o controle dos abusos econômicos. À parte fenômenos específicos (como a União Europeia e os acordos de cooperação econômica – Mercosul, NAFTA etc.), o que se tem são os efeitos significativos da liberação do comércio mundial – sentidos naquilo que MIREILLE DELMAS-MARTY denominou de “o reino das multinacionais”.¹⁴⁴ Não há dúvidas de que há muito foram rompidas as barreiras conceituais inerentes ao mercado “clássico”.

O que mais uma vez acentua a necessidade do prestígio ao Direito Administrativo da Economia.

5.5 Políticas econômicas e a atuação estatal na economia

A constatação da existência das falhas de mercado (naturais ou não) gera a compreensão de que elas devem ser corrigidas através da intervenção do poder público na economia: não são defeitos sanáveis a curto prazo de forma autônoma (a não ser em casos extremos) nem tampouco pela concorrência (pois muitas vezes ela não existe ou tem sérias dificuldades para surgir).

Por oportuno, é de se firmar a rejeição à solução ultraliberal que cogita de sempre aguardar pelas soluções a longo prazo, operadas por si só em decorrência dos efeitos benéficos que espontaneamente adviriam da concorrência

sistemas económicos, cit., p. 188 ss.

¹⁴⁴ *Três desafios para o direito mundial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134 ss. V. MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, no que diz respeito à “procura de regras globais para a concorrência” (*Um curso de direito da concorrência*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 49 ss.).

num mercado livre. A intervenção (direta ou regulatória) apenas agravaria os defeitos oriundos do cenário econômico. Em tese, uma falha no mercado (por mais séria que fosse) seria sanada com o passar do tempo e atuação dos próprios agentes num cenário de livre concorrência.

O que traz consigo a possibilidade de adversidades duradouras, que agravam ainda mais o problema de que os efeitos maléficos das crises econômicas são sentidos de imediato justamente pelos menos privilegiados. Retorna-se a KEYNES, que “sublinhou a importância do estado e a necessidade do alargamento das suas funções para salvar da ‘completa destruição as instituições económicas actuais’. E como as crises e os seus efeitos perniciosos se fazem sentir a curto prazo, Keynes veio defender que a política económica tem que adoptar uma perspectiva de curto prazo: ‘in the long run we are all dead’, como escrevia em 1923.”¹⁴⁵

Especificamente no que diz respeito ao Brasil, BRESSER PEREIRA confirma que

“Aprendemos, antes de mais nada, que o tempo não garante desenvolvimento. (...) Também, que a industrialização não leva automaticamente ao desenvolvimento, como pensávamos há cinquenta anos. O Brasil é um país industrializado e, todavia, subdesenvolvido. Nem mesmo a educação, que hoje é reconhecida como o fator mais importante para promover o crescimento económico, assegura prosperidade. (...)”

“Por último, continuando ainda a listar negativas, aprendemos que, ao contrário do que também pensávamos nos anos 1950, o desenvolvimento jamais se torna automático, auto-sustentado no sentido original da expressão. Imagínávamos que, uma vez ultrapassada a acumulação primitiva de capital e instaurado no país um capitalismo industrial, os empresários seria obrigados a investir não apenas para realizarem lucros, mas como uma condição de sobrevivência em um mercado competitivo. O desenvolvimento poderia continuar sujeito a ciclos, mas retomaria sempre o desenvolvimento. Ora, nos últimos vinte anos a economia brasileira permaneceu quase estagnada. (...) Isto não apenas negou o carácter automático do desenvolvimento depois de ultrapassado um determinado limiar, mas também pôs por terra um consenso derivado da teoria económica: o da convergência. O Brasil, como os demais países em desenvolvimento, exceto alguns países do sudeste asiático, não convergiu para os níveis de renda por habitante dos países

¹⁴⁵ AVELÃS NUNES, “Neo-liberalismo, globalização e desenvolvimento económico”, cit., p. 5/6.



desenvolvidos. Pelo contrário, o fosso existente entre eles apenas cresceu.”¹⁴⁶

Logo, a atuação estatal na economia não pode envolver apenas a tutela liberal do domínio econômico privado, unicamente mediante o exercício de intervenções repressoras dos desvios dos próprios agentes.

Por um lado, cabe ao Estado capitalista reprimir os abusos e (re)conduzir os agentes econômicos a uma situação de mercado ideal, próxima daquela do paradigma da concorrência perfeita. Na verdade, a Administração atua no sentido de manter os agentes num nível adequado ao *status quo* vislumbrado por tal modelo, em prestígio à própria ideia liberal de que a hipótese magistral está na abstenção do Estado no cenário econômico.

O Estado intervém não com o escopo de criar uma nova realidade econômica avessa ao modelo de concorrência perfeita, mas assim se comporta visando a não permitir que o mercado se afaste de tal modelo.

Ocorre que a intervenção não pode se dar apenas nesse plano de fascinação pelo mercado. Isso porque, ao mesmo tempo em que o Estado deve atuar para corrigir falhas nas condutas dos agentes (objeto de ilícitos concorrenciais), ele deve fazê-lo com a finalidade de sanar falhas estruturais (em setores onde o mercado e a concorrência dificilmente se instalariam) e implementar políticas econômicas públicas, instalando *ab ovo* modificações no próprio mercado. Tais políticas não são ancilares ao modelo mercadológico, mas inclusive podem contrariar o paradigma vislumbrado pela teorização da concorrência perfeita.

A inserção estatal na economia, portanto, muitas vezes transcende a formação de uma estrutura jurídico-institucional que apenas garanta o livre exercício da atividade econômica por parte das pessoas privadas, pois também se dirige ao exercício de atividade produtiva ou fomentadora. O que se dá em especial em países subdesenvolvidos e/ou semi-industrializados.

¹⁴⁶ *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 9.



Essa ordem de intervenções promocionais do Estado pode acidentalmente gerar resultados secundários equivalentes ao modelo da concorrência perfeita. Mas tal pressuposto não é condição necessária e suficiente para autorizar a interferência estatal. Não é necessário porque o fundamento de tais ações diz respeito às políticas públicas estabelecidas pelo Estado em função do interesse público por ele tutelado. Não é suficiente porque há hipóteses em que o Estado pode não se ver obrigado a só construir um mercado concorrencial perfeito, mas a atuar na geração de outros benefícios sociais (trabalho, renda, saúde, serviços públicos etc.).

A intervenção de tipo promocional visa a instalar ou a ampliar o bem-estar social. Um Estado democrático é aquele que não deixa o desenvolvimento econômico apenas nas mãos do próprio mercado e a longo prazo, para que os agentes nele livremente interajam, esperando que um dia viva-se no melhor dos mundos. Essa abstenção, além de desmentida pela História, significaria uma traição à ideia de República e ao necessário dever de administração e desenvolvimento da *esfera pública* constitucionalmente atribuída ao Estado (Poder Executivo, Legislativo e Judiciário).

O capitalismo misto previsto na Carta Magna implica a liberdade de mercado, temperada pela repressão a abusos e também pela integração do Estado em áreas em que isso se faça necessário, a bem do interesse público. Como descreveram LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA e NURIA CUNILL GRAU, “assim como não é possível conceber mercado sadio sem o Estado que não abdique de seu papel de regulação econômica, também é impossível imaginar sociedade democrática sem Estado que controle os centros de poder privado e opere sobre as desigualdades sociais.”¹⁴⁷ Ou na apurada síntese de CLÓVIS DO COUTO E SILVA:

“Ambos os modelos, o de mercado e o de planejamento, se implicam dialeticamente; devem estar em permanente tensão e servem para

¹⁴⁷ “Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal”, in LUIZ CARLOS BRESSER PEREIRA e NURIA CUNILL GRAU (orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 21. No mesmo sentido, sob o prisma jurídico, A. B. COTRIM NETO, “A intervenção do Estado na economia”. *Revista de Informação Legislativa* 96/139. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1987. Em sentido contrário, FERNANDO FACURY SCAFF reputa “que a intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal” (*Responsabilidade civil do Estado intervencionista*, cit., p. 91).



reduzir os riscos de um *darwinismo social* inconseqüente com todos os efeitos perversos dele resultantes.”¹⁴⁸

Aliás, essa constatação no plano das políticas estatais de estabilização econômica é apontada por AVELÃS NUNES como a essência da dissociação entre as doutrinas monetaristas (FRIEDMAN *et alli*) e os não-monetaristas:

“Para estes últimos, fiéis ao núcleo fundamental da mensagem keynesiana, as economias capitalistas, dada a instabilidade das despesas privadas, são economias altamente instáveis, pelo que *carecem* de ser estabilizadas, *podem* ser estabilizadas e *devem* ser estabilizadas, mediante o recurso a políticas monetárias e financeiras adequadas. Sustentam os primeiros que a economia privada é intrinsecamente estável, dispensando qualquer política activa de estabilização; que políticas deste tipo não devem ser levadas a cabo, ainda que fossem necessárias, já que delas só poderão resultar factores adicionais de instabilidade; que deve desconfiar-se da capacidade dos governos para escolher as medidas adequadas e para as pôr em prática em devido tempo e até às últimas conseqüências, de modo que deverá afastar-se a sua intervenção com objectivos anticíclicos, ainda que se aceitassem como globalmente positivos os resultados das políticas de estabilização.”¹⁴⁹

O objetivo imediato de tais ações interventivas estatais não é unicamente aquele de adequar o comportamento desviante de alguns agentes ou de maximizar o exercício das liberdades econômicas em benefício dos operadores (empresa, iniciativa e concorrência), mas o de planejar e tentar instalar uma nova realidade econômica (inédita ou adversa àquela preexistente). E essa modalidade de intervenção dá-se num crescente quase incontrolável de alargamento dos

¹⁴⁸ “O planejamento na economia brasileira”, *Revista de Informação Legislativa* 109/43. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 1991, p. 60. Afim é o pensamento de FÁBIO NUSDEO, inserindo o desenvolvimento econômico planejado como meio de aprimoramento constante da qualidade de vida (“O desenvolvimento econômico como fim constitucional”. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 37/9. São Paulo: RT, jan./mar. 1980) e o de MODESTO CARVALHOSA, para quem o desenvolvimento econômico é princípio que visa “o constante aumento e a racional distribuição da renda nacional, em níveis condizentes com as necessidades superiores do Estado, da coletividade e da personalidade de cada um.” (*Ordem econômica na Constituição de 1969*, cit., p. 70).

¹⁴⁹ *Teoria económica e desenvolvimento económico*, cit., p. 84. Na verdade, e como mais adiante aponta AVELÃS NUNES ao analisar e ampliar o debate entre monetaristas e estruturalistas, o que está em causa não são “questões técnicas de teoria económica. São concepções diferentes acerca do funcionamento do sistema económico capitalista, acerca do que significa o subdesenvolvimento e acerca do âmbito e dos objectivos do desenvolvimento económico.” (ob. cit., p. 168).



poderes do Estado em contraste aos poderes do mercado (este sempre tentando conter e impor-se àquele).

Contudo, uma ressalva merece ser feita: à evidência, tal ordem de intervenção (produtiva ou fomentadora) aumenta os dispêndios públicos. O que significa uma potencialização deles em países subdesenvolvidos. Se nos países com desenvolvimento industrial pleno (ou satisfatório) as despesas públicas de ordem econômica dirigem-se precipuamente ao controle do mercado ou ao bem-estar da população (benefícios sociais, saúde, aposentadoria etc.), nos países subdesenvolvidos agrava-se o encargo público na ordem econômica. Isso por que os gastos não abrangerão apenas a condução do mercado preexistente a um modelo ideal, ou os custos dos benefícios sociais institucionalizados, mas também – e especialmente – à instalação (e às vezes a gestão) de unidades produtivas e de infraestruturas essenciais.

Naqueles países onde o Estado tem atribuições intensas quanto ao desenvolvimento econômico, agravam-se as despesas públicas. Inclusive, isso justifica o uso de duas designações: “Estado de Bem Estar” (ou *Welfare State* ou Estado Providência) para aqueles países industrializados onde a despesa pública é (ou foi) direcionada a potencializar os benefícios sociais e “desenvolvimentista”, referindo-se ao Estado onde as despesas públicas são direcionadas à estrutura do sistema econômico e respectivas falhas (infraestrutura, água e saneamento, pontos de estrangulamento em insumos básicos etc.).¹⁵⁰

O que acentua os deveres estatais relativos ao fomento e ao estímulo ao desenvolvimento privado de determinadas atividades econômicas. O Estado brasileiro não dispõe nem de receita nem de infraestrutura consolidada para realizar por conta própria investimentos de monta. É público e notório que o orçamento público não permite sequer o cumprimento aos deveres básicos de bem estar social (saúde e educação, p. ex.).

¹⁵⁰ Cf. ANTÔNIO BARROS DE CASTRO e CARLOS FRANCISCO LESSA, *Introdução à economia*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 100.



Apesar dessa observação quanto ao incremento das despesas públicas, não parece plausível sustentar as ideias de “mercado” ou “concorrência perfeita” como ponto de partida, *conditio sine qua non* ou eixo central – em torno das quais gravitaria a intervenção do Estado e suas variações. O Direito Administrativo da Economia não é ancilar ao conceito de mercado ideal vislumbrado pelos modelos teóricos da doutrina econômica liberal. Frente à disciplina jurídica, o mercado pode (e muitas vezes deve) estar num segundo plano.

Isso não significa descartar a possibilidade de ingerências que busquem corrigir as falhas, nem que confirmem prestígio àquelas condutas que deem cumprimento à ordem ideal (até por meio de sanções premiais). Tampouco a tese poderia ser compreendida como uma agressão ao capitalismo previsto na Carta de 1988 (ou a sua negação). Tais ações e regime econômico merecem ser celebrados juridicamente – em especial devido à configuração da Ordem Econômica na Constituição brasileira. Num Estado que realiza e promove o capitalismo misto, não se poderia cogitar de outra solução.

Mesmo porque é nítida a inexistência de setores de produção econômica plenos, perfeitos e autóctones ao Estado brasileiro. O Brasil era tipicamente (ou somente) um país agroexportador até a década de 1930. Depois disso – e mediante uma forte intervenção estatal – tornou-se um País semi-industrializado. A constituição do “domínio econômico” nacional, nos mais diversos setores (maxime as indústrias pesadas e os setores de infraestrutura), deve-se antes à intervenção do Estado do que à iniciativa privada. Não pode se dizer que o País ingressou num plano desenvolvimentista autônomo, com a existência de mercados firmes em todos os setores da economia. Muito menos se for considerada a dimensão nacional e as peculiaridades regionais.

O que torna mais clara a assertiva de que a ideia de mercado perfeito não é a quintessência do Direito Administrativo da Economia (eventualmente pode dizer respeito ao Direito Econômico *stricto sensu*). O Direito Administrativo da Economia presta-se não só a readequar a economia, mas também a instrumentalizar a constituição de uma nova realidade econômica.

Ressalte-se que com isso não se está a afirmar que o Direito Administrativo da Economia seja apenas e tão-somente constitutivo. Não se trata disso, mas da compreensão de que determinadas peculiaridades estruturais e funcionais da economia (especialmente a brasileira) exigem a atuação constitutiva do Estado-Administração: não exagerada, mas numa medida cautelosa (nos termos de uma “intervenção sensata”).

5.6 A intervenção estatal na economia e seu relacionamento com a ideia de um “Estado promocional”

Os temas acima tratados fazem necessária a menção, ainda que perfunctória, à ideia de “Estado promocional” e uma respectiva tentativa de classificação jurídica dos atos administrativos que dão execução às atividades interventivas fomentadoras.

Ou seja, ao se defender a necessidade de uma intervenção sensata desenvolvimentista, visando a que o Estado promova estímulos para que os empresários privados adotem determinados comportamentos econômicos (a fim de gerar efeitos não-espontâneos ao mercado, mas necessários à sociedade), está-se indicando a existência de uma categoria jurídica de atos administrativos (com a respectiva classificação e efeitos). Como não poderia deixar de ser, a Administração Pública vale-se do Direito para implementar tais soluções socioeconômicas.

A ideia da “função promocional” do Direito tem como precursor contemporâneo o jurista NORBERTO BOBBIO – que, na década de 1970, desenvolveu estudos enfocando essa característica de determinada categoria das normas jurídicas: não desencorajadora (repressiva através de sanções negativas), mas sim encorajadora de condutas (promocional através de sanções premiais).¹⁵¹

¹⁵¹ “Sulle sanzioni positive”, in *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, t. I. Milano: Giuffrè, 1971, p. 229/249 (posteriormente adaptado e publicado nos ensaios “La funzione promozionale del diritto” e

Conforme anotou BOBBIO, a técnica de desencorajar condutas através de sanções negativas era típica do Estado liberal, que exercia o papel de polícia mediante o estabelecimento normativo de castigos institucionalizados. A função do Direito era a de impedir os comportamentos indevidos, através do exercício do poder de polícia. O Estado *gendarme* protegia determinados interesses através da repressão aos atos desviantes.

“Mas a partir do momento que devido à exigência do estado assistencial contemporâneo, o direito não mais se limita a tutelar atos conformes às suas normas mas tende a estimular atos inovadores, e portanto a sua função não é mais principalmente protetiva mas *promocional*, ao emprego quase exclusivo de sanções negativas, que constituiu a técnica específica da repressão, se acresce um emprego, não importa se ainda limitado, de sanções positivas, que dão vida a uma técnica de *estimulação* ou de *propulsão*.”¹⁵²

Na medida em que o que caracteriza o Estado assistencial é sobretudo “a intervenção direta do estado na transformação das condições de existência e de mudanças da sociedade”¹⁵³, ele passa a estimular e a induzir a adoção de determinados comportamentos por parte dos agentes econômicos.

O que pode se dar através da fixação de prêmios às condutas positivas (um benefício fiscal oriundo do atingimento de determinado nível de produtividade, p. ex.), mas também através da técnica da “facilitação”: os expedientes através dos quais um grupo social organizado exercita um determinado controle sobre o comportamento de seus membros (neste caso consistente na promoção da atividade na direção desejada), não assegurando uma recompensa depois que a ação é concretizada, mas fazendo de molde que o seu cumprimento seja mais fácil (ou menos difícil). “Note-se a diferença: a recompensa

“Le sanzioni positive” – ambos em *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Ed. di Comunità, 1977, p. 13/32 e 33/42, respectivamente). Sobre alguns antecedentes do tema, é de se mencionar o ensaio de SERENELLA ARMELLINI, “Preludi alla configurazione premiale del diritto nell’età moderna: Hobbes e Spinoza”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* IV Serie, LIII, 1976, p. 343/371.

¹⁵² “Sulle sanzioni positive”, p. 236.

¹⁵³ “Sulle sanzioni positive”, cit., p. 234. Em seguida, BOBBIO refuta as críticas feitas por HAYEK quanto às consequências das normas de organização (e não de condutas), típicas do *Welfare State*.

vem depois, a facilitação precede ou acompanha a ação que se pretende encorajar”.¹⁵⁴

Essas técnicas jurídicas de encorajamento têm uma diferença essencial em relação às técnicas repressoras: enquanto que estas são exercitadas em função da conservação de um estado de coisas, aquelas o são em função da mudança que se pretende implementar. No campo econômico, procura-se fazer com que os empresários alterem o seu comportamento econômico (já lícito), induzindo juridicamente vantagens econômicas caso se desempenhe determinada atividade segundo certos parâmetros de interesse coletivo.¹⁵⁵

Isso resultou numa alteração nodal na configuração das normas constitucionais: “Na constituição liberal clássica, a função principal do estado parece ser aquela de *tutelar* (ou *garantir*); nas constituições pós-liberais, ao lado das funções da tutela ou da garantia, aparece mais frequentemente aquela de *promover*.”¹⁵⁶ Ao Estado é imposto o dever constitucional de realizar mudanças, empenhando-se e estimulando a adoção de comportamentos socialmente construtivos.

Isto posto, cabe o exame da natureza jurídica dos atos estatais que dão concretude a esse estímulo promocional, nomeadamente no que diz respeito ao fomento.

O fomento é tido pela doutrina de GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNANDÉZ como um *ato administrativo favorável*. Os atos favoráveis (opondo-se aos “atos de gravame”) são definidos como aqueles que beneficiam o destinatário “com a ampliação de seu patrimônio jurídico, outorgando-lhe ou reconhecendo-lhe um direito, uma faculdade, um *plus* de titularidade ou de atuação, liberando-o de

¹⁵⁴ “Sulle sanzioni positive”, p. 242.

¹⁵⁵ Cf. BOBBIO, “Sulle sanzioni positive”, p. 246/247.

¹⁵⁶ “Sulle sanzioni positive”, p. 248. O que remete à *Constituição dirigente* de J. J. GOMES CANOTILHO (*Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001), cuja compreensão contemporânea não pode declinar da leitura da obra coordenada por JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO, *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

uma limitação, de um dever, de um gravame, produzindo, pois, um resultado vantajoso para o destinatário.”¹⁵⁷

Na definição de JUAN CARLOS CASSAGNE, o conceito de fomento,

“repousa sobre a ideia da conveniência de que o Estado proteja ou promova determinadas atividades que realizam as pessoas físicas ou jurídicas com a finalidade mediata de procurar que, mediante a concretização de ditas atividades, resulte um benefício para a comunidade.”¹⁵⁸

Através do fomento, o Estado estimula (ou induz) os particulares à produção de determinados efeitos econômicos, mediante a promessa de específicos benefícios.

O fomento depende da definição prévia acerca dos motivos que o geraram e dos objetivos a ser atingidos através do melhoramento na alocação de determinados recursos (privados e públicos). O Estado estabelece determinadas finalidades socioeconômicas a ser atingidas e promove um estímulo extraordinário à iniciativa privada, a fim de que os agentes econômicos adotem determinadas condutas que gerem os benefícios sociais então perseguidos. Essa definição há de obedecer aos princípios constitucionais da motivação e da publicidade.

Em decorrência, o fomento implica a ampliação formal da esfera jurídica do empresário, outorgando-lhe, em contraponto aos investimentos e compromissos assumidos, determinados benefícios (fiscais, patrimoniais, jurídicos etc.). Tais benefícios podem ser outorgados ao início da atividade visada, bem como no transcorrer de seu exercício (durante prazo certo ou não), ou depois de atingida a finalidade predefinida. Mas devem ser precisos e certos, proporcionais ao benefício social visado.

¹⁵⁷ *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 562. No mesmo sentido, JUAN CARLOS CASSAGNE, *La intervención administrativa*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 67 e 89 ss.

¹⁵⁸ *La intervención administrativa*, cit., p. 90. Em sentido semelhante, v. ANTÔNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES (*Direito económico*, cit., p. 216/225 – onde também é analisado o fomento sob a perspectiva dos “auxílios de Estado” no âmbito da Comunidade Europeia).



Na medida em que o fomento envolve a adoção de um comportamento por parte dos empresários que tem como motivo o ato administrativo favorável e o comprometimento público formal em relação à promessa feita, a sua revogação enfrenta sérios limites.

Caso tenham sido criados novos direitos ou suprimidos determinados obstáculos, gerando, devido a esse motivo (de fato e de direito), um comportamento específico do particular (unido a despesas e expectativas de lucros), a Administração encontra significativos óbices para alterar o ato devido a razões de oportunidade e conveniência. A ampliação (ou o reconhecimento) de direitos através de ato administrativo legal condiciona de modo estrito sua revogação por parte da Administração.¹⁵⁹

5.7 Os dois níveis de intervenção: “a favor” e “contra” o mercado

De qualquer forma, numa perspectiva capitalista, é possível se cogitar de duas direções na intervenção estatal na economia. Constatação que remete às “duas ordens de explicação, ou de motivação” expostas por FÁBIO NUSDEO para explicar a ação do Estado na economia:

“Em primeiro lugar, ele atua no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado. Age, assim, ‘pro’ mercado, no sentido de bem fazê-lo se desincumbir de sua missão, sem lhe impor, deliberadamente, padrões de desempenho. Em segundo lugar, ele se faz presente com o fito, aí sim, de impor um desempenho consuetâneo com objetivos adrede estabelecidos a nível político (...)”

[...]

“Ora, estaria, assim, o sistema econômico posto em sossego, não mais com uma presença imperceptível, ou quase, do Estado, mas com uma ação por parte deste, voltada apenas à ação corretiva tornada necessária em função do chamado ‘market failure’ e dando origem ao dito *Capitalismo Regulamentar*, ou seja, o mesmo sistema

¹⁵⁹ Cf. EDUARDO GARCÍA DE ENTRERRÍA e TOMÁS-RAMON FERNANDÉZ, *Curso de derecho administrativo*, vol. I, cit., p. 563, e *Curso de derecho administrativo*, vol. II, 4ª ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 105/106. Revogação que, no Brasil, exigiria o devido processo legal e poderia dar margem a indenização dos lucros cessantes e danos emergentes (ou mesmo ao controle quanto à possibilidade de revogar o ato, em face de eventuais direitos adquiridos ou ato jurídico perfeito).

fundamentalmente descentralizado e autônomo, mas como o poder público ativo no papel de seu regulamentador, impondo restrições à ação dos particulares primordialmente voltadas a impedir maiores perturbações ao seu funcionamento.

“Mas, como já se deixou antever, não se conteve o Estado naquele papel de relativa neutralidade e platonismo. Aberto o caminho para a sua entrada no sistema, passa gradualmente a assumir um segundo papel, dentro do qual marca presença ao impor finalidades outras que não a de mero suprimento de condições para superar as imperfeições anteriormente apontadas. Trata-se, agora, de lograr a obtenção de objetivos de política econômica bem definidos para o desempenho do mesmo sistema, o que implica, em última análise, impor-lhe distorções, alterá-lo, interferir no seu funcionamento, a fim de fazer com que os resultados produzidos deixem de ser apenas *naturais* ou *espontâneos*, para se afeiçoarem à metas fixadas. (...)”

[...]

“Em outras palavras, uma coisa é a ação oficial ‘pro’ mercado ou ‘proeter’ mercado e outra é a sua intervenção *contra* mercado, isto é, no sentido de o levar a desempenho certamente diverso daquele que ostentaria caso a intervenção não se realizasse.”¹⁶⁰

Como se vê, a intervenção não se presta apenas a regular o mercado preexistente ou a criar o mercado onde ele não existe. Visa também a realizar políticas públicas através da economia, declinando das máximas conceituais do livre mercado. O que interessa sobremaneira à presente tese, pois em ambos os casos essa intervenção dá-se através do Direito, especialmente pelas mãos da Administração Pública.

5.8 Intervenção a favor e intervenção contrária ao mercado: o exemplo do controle de preços

Um exemplo acerca do controle de preços auxiliará na compreensão do tema. Num país que celebra constitucionalmente a livre iniciativa e a liberdade

¹⁶⁰ *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995, p. 22, 25 e 27. Já LUÍS ROBERTO BARROSO adota uma concepção restritiva do tema: “O intervencionismo, fenômeno típico da economia capitalista, dá-se não contra o mercado, mas a seu favor, na feliz colocação de Tércio Sampaio Ferraz Jr.” (“Crise econômica e direito constitucional”, cit., p. 55). O texto do Prof. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. é o “Congelamento de preços – tabelamentos oficiais.” RDP 91/76. São Paulo: RT, jul./set. 1989.

empresarial, o controle de preços é um assunto sobremaneira tormentoso – gerando constantes litígios quanto aos limites da intervenção do Estado na economia.¹⁶¹

Inclusive, a questão do controle de preços deu origem a célebre acórdão do Supremo Tribunal Federal, proferido quanto à constitucionalidade de lei que dispunha a respeito do critério de reajuste das mensalidades nas escolas particulares.¹⁶² Porém, o exemplo a ser enfrentado é outro: cogite-se da hipótese de uma empresa monopolista dos serviços de geração, distribuição e fornecimento de energia elétrica para utentes privados.¹⁶³

No caso da energia elétrica, os interesses dos consumidores são basicamente o preço, a qualidade e o abastecimento (contínuo e instantâneo ao uso). Ao Poder Público cumpre observar o atendimento aos interesses dos utentes, ao mesmo tempo em que lhe cabe adotar providências estabilizadoras do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, num nível de remuneração adequado ao risco da atividade e à necessidade de atrair capital.

Na medida em que é um setor estrutural, primário e estratégico para o Estado, é fundamental que as empresas se mantenham no mercado e o tornem atraente para novos investimentos. Por outro lado, envolve a prestação de um serviço essencial ao bem-estar social.¹⁶⁴ Também por isso é um setor com

¹⁶¹ No Brasil, o controle de preços (*a priori* e *a posteriori*) deu margem a inúmeras teses e litígios. Por ora, reportamo-nos aos estudos de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. (“Congelamento de preços – tabelamentos oficiais”, cit.), FÁBIO KONDER COMPARATO (“Regime constitucional do controle de preços no mercado.” *RDP* 97/17. São Paulo: RT, jan./mar. 1991) e LUÍS ROBERTO BARROSO (“A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”, in ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – vol. XI (Direito da regulação)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002).

¹⁶² ADI 319/DF, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 4.12.1992, maioria, *DJ* 10.12.1992.

¹⁶³ Nesse exemplo pede-se licença para abstrair das considerações e consequências quanto à natureza de *serviço público* das prestações relativas à energia elétrica e respectivas concessões (Constituição, art. 21, inc. XII, al. ‘b’); Lei 9.047/1995). Isso poderia dar margem à questão se o serviço e respectivo controle não implicariam *intervenção*, mas *atuação econômica* – pois o serviço público seria próprio do Estado e não da iniciativa privada. Como se trata de mera amostra para a ilustração de uma tese, tomar-se-á a liberdade de deixar de lado essas cogitações.

¹⁶⁴ Parte da doutrina nacional qualifica os serviços públicos como garantia constitucional de realização dos direitos fundamentais da pessoa humana. Acerca dessa compreensão, v. ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO (“O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”, *Revista Interesse Público* 16/13. Porto Alegre: Notadez, out./dez. 2002), ADILSON DALLARI

intensa intervenção regulatória, que procura basicamente equilibrar as conveniências dos consumidores com aquelas das empresas – o que gera um reflexo imediato no controle dos preços.

A monitoração dos preços no setor energético tem dois modelos básicos (e respectivas variações). Ambos significam a definição de parâmetros para a variação da remuneração do fornecimento da energia ao utente, a ser obedecidos pelos empresários do setor e verificados pelo Estado – que intervirá caso se dê algum desvio. A regulação baseada em custos é a mais tradicional: oriunda dos EUA, estabelece uma taxa de remuneração sobre os ativos (ROR – *rate of return regulation*). Já a regulação baseada em preços é normalmente denominada “*incentive regulation*”, oriunda especialmente da Inglaterra (IPC-X ou *price caps*).¹⁶⁵

Com base em um desses modelos, o Estado busca o fino equilíbrio entre os direitos e deveres dos consumidores e aqueles das empresas fornecedoras dos serviços. A questão envolve os limites da remuneração do prestador em face dos serviços e o pagamento feito pelo usuário. Para que sejam possíveis os investimentos e serviços, é necessária a preservação da estabilidade econômico-financeira do contrato – o que gera a variação dos preços.

Em termos muito simplistas, pode-se dizer que os contratos albergam duas opções de mudanças no preço: o reajuste (atualização real dos

(“Direito ao uso dos serviços públicos”, *RTDP* 13/210. São Paulo: Malheiros, 1996), MARIA CRISTINA CESAR DE OLIVEIRA DOURADO (“O repensar do conceito de serviço público”. *Revista A&C* 6/75. Curitiba: Juruá, 2001) e ANA CLÁUDIA FINGER (“Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais”. *Revista A&C* 12/141, Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003). Numa análise crítica dessa concepção, v. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (“Serviços públicos e concorrência”, cit., p. 66 ss. e nota 23). Ampliar na desaprovação de AGUSTÍN GORDILLO quanto ao desmedido alargamento dos “direitos” de nova geração: “os chamados direitos econômicos, sociais e culturais” (*Derechos humanos*. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1992, p. 136 ss.).

¹⁶⁵ Cf. PAUL L. JOSKOW, “Deregulation and regulatory reform in the U.S. electric power sector”, in SAM PELTZMAN e CLIFFORD WINSTON (eds.), *Deregulation of network industries: what's next?*, Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000, p. 113/188, TONY PROSSER, *Law and regulators*, Oxford : Clarendon Press, 1997, p. 149 ss., e LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, “Las tarifas eléctricas: el caso español”, in ARIÑO ORTIZ (ed.), *Precios y tarifas en sectores regulados*, Granada: Comares, 2001, p. 1/46. Na doutrina brasileira, v. MARÇAL JUSTEN FILHO, *Teoria geral das concessões de serviços*, cit., p. 352 ss., e FELIPE BRITO VASCONCELLOS, “Aneel – A regulação do setor elétrico”, in LUIZA HELENA MOLL (org.), *Agências de regulação do mercado*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2002, p. 191/218.

valores nominais previstos nos contratos) e a readequação (oriunda de álea extraordinária, a gerar o desequilíbrio na equação econômico-financeira). O reajuste usualmente envolve uma solução singela: basta adequar periodicamente o valor do preço mediante uma fórmula e índices predefinidos contratualmente, implicando a manutenção no tempo do preço.

Em ambos os casos, a estabilidade no preço tem lastro no princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, expresso no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal (e art. 65 da Lei 8.666/93 c/c arts. 9º e 10º da Lei 8.987/1995), fazendo com que a doutrina e a jurisprudência brasileiras tenham como pacífico ser “de inarredável aplicação o princípio constitucional e legal que assegura a manutenção e o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro”.¹⁶⁶

Mas essa situação se agrava em países que permanecem sofrendo impactos inflacionários, quando menos devido a três motivos: (i) os usuários não dispõem do mesmo expediente atualizador dos seus ganhos (ao contrário, os salários sofrem “congelamentos” ou reduções reais em face da legislação), (ii) em contrapartida, o reajuste periódico de preços configura fator essencial à estabilidade do próprio contrato de fornecimento de energia, e (iii) caso contidos ao longo do tempo, depois esses reajustes podem gerar sérios impactos e repiques inflacionários, podendo consubstanciar uma futura “inflação corretiva” e consequências.¹⁶⁷

Então, a solução para o reajuste não se configura tão simples como parece – inclusive porque pode resultar em impactos macroeconômicos nas políticas públicas.

¹⁶⁶ ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES e ALEXANDRE DE M. WALD, *O direito de parceria e a lei de concessões*, cit., p. 186. Desenvolver em CARLOS ARI SUNDFELD, *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 236/250, e MARÇAL JUSTEN FILHO, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 498 ss.

¹⁶⁷ Segundo MARIO HENRIQUE SIMONSEN, foi ROBERTO CAMPOS quem criou a expressão “inflação corretiva” – que denomina o impacto inflacionário derivado do aumento de impostos indiretos ou do corte de subsídios públicos (*30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: FGV, 1995, p. 18).



Imaginem-se duas hipóteses de aumento da tarifa paga pelos consumidores individuais devido a dois motivos diferentes entre si: no primeiro, a empresa produz um acréscimo abusivo na remuneração do serviço, a fim de incrementar desmedidamente os seus lucros; no segundo, apenas aplica com perfeição a fórmula prevista para o reajuste anual do contrato, mantendo a estabilidade econômico-financeira dele (mas com aumento significativo no valor nominal).

Os dois casos podem dar margem à intervenção do Estado no controle dos preços – seja ela corretiva de uma falha do mercado, seja para impor uma específica política econômica.

Se a empresa aumentar de forma extraordinária o custo da energia fornecida visando a gerar lucros arbitrários (o poder de monopólio unido à essencialidade do serviço permitem essa conduta), o Estado pode (deve) intervir e determinar a redução do preço, adequando-o a parâmetros racionais da justa e adequada remuneração do contrato (Constituição, art. 173, § 4º, c/c art. 37, inc. XXI).

Ou seja, e *v.g.*: se o lucro médio admissível no setor é de 15% ao ano sobre o custo do capital investido (apurável segundo uma “fronteira de eficiência” ou média das empresas naquele mercado), um lucro de 15% ao mês derivado de um acréscimo injustificado no preço merece ser objeto de intervenção (e mesmo de sanções punitivas). Ao suprimir o aumento gerador de ganhos abusivos, estará o Poder Público sanando uma falha do mercado.

No segundo caso, o Estado pode optar pela desautorização do reajuste meramente estabilizador do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (*v.g.*, por questões de política pública de contenção da inflação). Assim, estará em verdade agravando o desequilíbrio presente na equação contratual. Ao proibir o aumento nominal do preço (adequando-o ao valor real do contrato), o Poder Público desrespeitará uma previsão contratual e implementará uma deflação nos preços praticados.



Rigorosamente, essa intervenção não será a favor, mas contrária ao mercado ideal de que se poderia cogitar (a depender do caso, configurará ilícito legal e contratual). Frustra a cobrança de um preço adequado aos investimentos e lucros ordinários previstos no contrato. Pode ter como motivo uma determinada política socioeconômica, mas é avessa à estabilidade do mercado (e gerará a recomposição da equação econômico-financeira e a indenização pelos danos).

Num e noutro caso, o Estado estará atuando em área reservada à iniciativa privada, à liberdade de empresa e de concorrência. Para os defensores de teses ultraliberais, o mercado ideal poderia se encarregar das correções e adequações por si só – mas a essência está em que a população não dispõe de um longo prazo nem pode ser submetida a um sistema de erros e acertos consubstanciados em teorias econômicas (máxime se oriundas de outros sistemas, a reger realidades econômicas diversas).

Claro que o exemplo do monopólio de um serviço essencial, ao mesmo tempo em que facilita a exposição, dificulta a sua subordinação aos conceitos concorrenciais. Porém, o que se pretende é pôr em foco a intromissão do Estado na economia (corretiva ou mesmo desestabilizadora do mercado).

5.9 Conclusões parciais

Mediante o exame de algumas noções básicas ao Direito Administrativo da Economia, pode-se dar lastro à ideia de que o poder econômico dos agentes privados tem características simultaneamente centrípetas e expansivas: ao mesmo tempo em que se avanta o poder, ele se concentra ainda mais em sua base original (em benefício dela própria).

Mas fato é que o Estado brasileiro não dispõe de uma estrutura semelhante àquela dos países desenvolvidos, potencializando as distorções oriundas do chamado livre jogo das forças de mercado. Os setores econômicos privilegiados, ao mesmo tempo em que interessam aos empresários, geram uma

nítida exclusão social (a curto, médio e longo prazo) de expressivas camadas da população.

A evolução histórica da economia nacional demonstrou que tais falhas estruturais e sociais não são sanadas pela própria concorrência (nem o serão). Logo, é imprescindível que o Direito assuma com intensidade o seu perfil promocional e que o Estado desenvolva uma intervenção sensata no domínio econômico. Tais intervenções não devem gravitar em torno ao conceito idealizado de mercado concorrencial perfeito (construído em outra época, num outro cenário, e obedecendo a paradigmas e parâmetros estranhos ao Brasil contemporâneo), mas sim em respeito à justiça social e ao princípio da dignidade da pessoa humana.



6. O DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA E A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Em hipóteses de falhas e desvios de mercado, o Estado tem duas alternativas básicas, que comportam gradações: ou se inibe e renuncia ao controle em favor dos mecanismos autopoieticos do mercado concorrencial ou intervém e para alterar a conduta dos agentes econômicos (ou o resultado dessa conduta).

A abstenção significa deixar que o próprio mercado arque autonomamente com as consequências de suas condutas: o natural bom funcionamento da concorrência traria consigo a eficiência, atribuindo à “mão invisível” a distribuição adequada dos benefícios e a atenuação dos malefícios a longo prazo; as más empresas seriam espontaneamente suprimidas e, com o passar do tempo, o mercado por si só produziria a excelente alocação dos recursos.

O que igualmente expressa a suportabilidade da repercussão social dessa adaptação espontânea do mercado e o tempo necessário para que ela ocorra. Isso porque só excepcionalmente poder-se-ia cogitar de um impacto negativo imediato a ser absorvido puramente pelos agentes econômicos ativos (aqueles que investem seu capital nos empreendimentos). De usual, o exercício do poder econômico resulta numa distribuição das perdas com as camadas menos privilegiadas da população (o que não é excluído, mas pode ser minorado pela intervenção do Estado).

O que é mais grave está em que, na maioria das vezes, dá-se a atribuição do prejuízo apenas àqueles que não são detentores do poder econômico (seja de forma individual, seja coletivamente) – o que deu margem à célebre expressão de CELSO FURTADO, no sentido do fenômeno da privatização dos lucros e “socialização dos prejuízos”.¹⁶⁸

¹⁶⁸ A locução foi cunhada a propósito da “série de mecanismos pelos quais a classe dirigente



Já a intervenção implica a adoção de medidas por parte das autoridades públicas que visem a reequilibrar a eficiência e a distribuição equitativa das atividades e dos benefícios produtivos. Constatada a falha de mercado, o Estado age de forma corretiva – tentando manter o equilíbrio entre os interesses postos em jogo. Corrigem-se as eventuais disfunções estruturais e comportamentais do mercado em prol da liberdade empresarial (livre iniciativa e livre concorrência).

Além disso, a intervenção também se dá para implementar e cumprir determinadas políticas públicas (independentemente do conceito mercadológico posto em questão). O Estado se insere no domínio privado com o fito de realizar certas atividades econômicas e produzir resultados específicos que digam respeito ao interesse público posto à sua guarda. Isto é, esse aspecto da intervenção não diz respeito ao prestígio à ideia de mercado concorrencial perfeito – dispensando os parâmetros econômicos desse modelo (inclusive o lucro).

6.1 Extensão e intensidade das medidas interventivas

Note-se que não há “tipos” absolutos e fechados quanto ao relacionamento do Estado com a economia (a não ser exceções radicais, que vêm sendo abrandadas nestes tempos de pós-modernismo), a incluir e/ou excluir a atuação pública. A constatação não significa rejeitar os sistemas capitalista e socialista, cada qual com as suas peculiaridades. Todos os Estados intervêm e o que se dá são variações em torno dos graus e formas de intervenção (com as respectivas consequências à titularidade dos bens de produção, liberdade

cafeeira” (taxa cambial, expansão de crédito, compra pública e destruição dos excedentes da produção etc.) transferia para o conjunto da coletividade as perdas decorrentes das quedas cíclicas do setor. Cf. *Formação econômica do Brasil*. 30ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001, p. 186 ss.



empresarial etc.). O perfil político do Estado e da respectiva ordem jurídica da economia define a intensidade e a extensão do caráter intervencionista.¹⁶⁹

Ainda assim, é possível se cogitar de uma teorização geral acerca do tema – adaptando-se-a às respectivas peculiaridades de cada país. Ou seja: o que se desenvolverá a seguir envolve uma concepção ampla do fenômeno intervenção estatal na economia privada, a ser matizado de acordo com as previsões jurídicas dos respectivos Ordenamentos.

A tentativa da formulação de um conceito amplo deriva também da configuração da Ordem Econômica da Carta de 1988 – que acentua a necessidade de novos esforços do intérprete.

Não se trata de um texto uniforme, a definir um tipo “ortodoxo” de relacionamento do Estado com a economia. Como resultado do sistema capitalista expressado numa Constituição prolixa, o texto da Ordem Econômica de 1988 contempla uma ampla gama de alternativas para a intervenção estatal no domínio econômico. A riqueza das pseudo-contradições do texto constitucional exige uma leitura conciliadora, de molde a harmonizar juridicamente um rol de concepções políticas antagônicas.

Constatação que apenas reitera um característico das Constituições brasileiras: apesar de, desde a Carta de 1934, celebrarem expressamente a Ordem Econômica, nenhuma delas adota uma postura específica em relação a um modelo fechado quanto à interação do Estado na economia (apesar de todas celebrarem um sistema capitalista). Além disso, desde sempre houve uma dissociação entre o modelo celebrado constitucionalmente e o comportamento dos governantes (vício acentuado nos períodos ditatoriais).

¹⁶⁹ Por exemplo, o *1998 Index of Economic Freedom*, publicação da Heritage Foundation/The Wall Street Journal, traz uma avaliação multisetorial (política comercial, níveis de taxaço, intervenção direta na economia, política monetária, restrições a fluxo de capital estrangeiro etc.) e, numa escala de 5 a 0 (0 = 100% livre), atribuiu aos países as respectivas “notas” sobre o grau de liberdade econômica: China, 3,75; Hungria, 2,90; Ucrânia, 3,80; Cuba, 5,00; Coreia do Norte, 5,00; Argentina, 2,60; Austrália, 2,05; Chile, 2,15; França, 2,50; Itália, 2,50; México, 3,25; Cingapura, 1,30; EUA, 1,90; Hong Kong, 1,25 e Taiwan, 1,95 (*Apud* EDWARD LUTTWAK, *Turbocapitalismo*. São Paulo: Nova Alexandria, 2001, p. 278/311 – com uma longa lista de países e explicações acerca da classificação).



As demais Constituições (talvez a exceção resida na Carta Imperial de 1811) também continham a celebração dessa confusão entre regimes interventivos. Uma rápida descrição dessa evolução histórica comprova a assertiva.

6.2 O caso brasileiro: as Constituições e as Ordens Econômicas republicanas

A ordem jurídico-constitucional da economia teve início no Brasil com a Constituição de 1934 – adaptando-se às peculiaridades do regime jurídico então vigente.

Como não poderia deixar de ser, o Brasil não ficou imune às mudanças vividas pelo mundo ao início do século XX. No período inicial (década de 1930), o País vivia o governo VARGAS, que se caracterizou pela participação do Estado na economia e centralização federal desse poder. Quer devido à crise econômica mundial desencadeada em 1929, quer devido ao perfil nacionalista de GETÚLIO VARGAS, o Estado ampliou a sua ação econômica (direta e indireta), bem como a estrutura da Administração Pública.

6.2.1 *O ponto de partida: o governo VARGAS e a Constituição de 1934*

Desde o seu início, a política econômica de VARGAS tinha como um de seus principais objetivos a quebra do regime do *coronelismo*: uma prática que se firmou na Primeira República, em que as diretrizes econômicas eram definidas por uma elite (proprietários de terra rural produtiva). Havia uma descentralização acentuada e uma hipertrofia do poder privado que representava, nas palavras de VICTOR NUNES LEAL, “sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o



poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente os senhores de terra.”¹⁷⁰

Até a década de 1930, a economia era dirigida pelo setor cafeeiro, que respondeu por 71,7% das mercadorias exportadas no período 1925-29.¹⁷¹ Era nítida a dependência do PIB num só produto agrícola, detido por um grupo com franca influência no Poder Público, apesar de não ser hegemônico (como o provou a Revolução de 1930). Em contrapartida, se nas zonas rurais os coronéis controlavam os votos, as classes médias urbanas (especialmente nas regiões não-industrializadas) desenvolveram um nicho empregatício no setor público, dando origem àquilo que HÉLIO JAGUARIBE denominou de *Estado cartorial*.¹⁷²

Além disso, a Grande Depressão produziu um sério impacto sobre a economia brasileira. Por um lado, houve resultado negativo nas exportações, enfraquecendo os programas estaduais de apoio à cafeicultura.

“Para proteger o setor e, dessa maneira, a economia, do impacto total da queda dos mercados e preços mundiais do café, o programa de apoio à atividade foi transferido dos estados (principalmente de São Paulo) para o governo federal. O Conselho Nacional do Café foi fundado em maio de 1931 e comprou todo o café, destruindo grandes quantidades que não podiam ser vendidas ou armazenadas.”¹⁷³

Por outro, houve um forte início do crescimento industrial derivado das dificuldades de importação e redirecionamento de recursos do programa de recuperação do setor cafeeiro. O café deixou de ser o centro das atenções, não só devido à atenuação do Poder Político oligárquico que o seu cultivo albergava, mas

¹⁷⁰ *Coronelismo, enxada e voto*. 3ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1997, p. 40.

¹⁷¹ WERNER BAER, *A economia brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2003, p. 67 (em 1935-39, representou 47,1%; em 1945-49, 41,8%; em 1957-59, 57,9% e em 1962, 53%).

¹⁷² *Apud* CELSO LAFER, *JK e o programa de metas (1956-61)*. Rio de Janeiro: FGV, 2002, p. 32. LAFER aponta a seguinte relação de funcionários públicos quanto ao total da população trabalhadora: em 1872, havia 10.710 funcionários públicos (0,2% em relação à população trabalhadora); em 1900, 45.710 (0,6% em relação ao total) e, em 1920, 137.879 (1,5% em relação ao total). Um aumento de quase treze vezes o número de funcionários públicos, enquanto o número total da população trabalhadora nem sequer duplicara (de 5.348.692, em 1872, para 9.191.044, em 1920).

¹⁷³ WERNER BAER, *A economia brasileira*, cit., p. 54/55. As interpretações acerca desse programa e consequências podem ser vistas em ELI DINIZ, *Empresário, Estado e capitalismo no Brasil: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 50/68 – que analisa as teses antagônicas de CELSO FURTADO e CARLOS MANUEL PELAEZ.



em especial porque o mercado externo deixou de apresentar a mesma demanda crescente e os preços baixaram consideravelmente (em 1931 o preço caiu a um terço do preço médio praticado no período 1925/1929), tudo isso unido ao aumento expressivo da produção nacional. A crise do mercado do café demonstrou a vulnerabilidade de uma economia que dependia de um só produto agrícola e o Estado deu início a outro encaminhamento de suas preocupações econômicas interventivas.

Contudo, o setor agrícola permitiu, especialmente através da tributação, o início da industrialização brasileira. O que fez surgir “novos encargos para o erário público, limitado pela escassez e caráter aleatório das receitas, dada a sua proveniência quase em exclusivo do sector exportador e dada a incipiência e regressividade do sistema tributário.”¹⁷⁴ O foco de receitas e despesas foi alterado do setor primário exportador para a transformação estrutural da atividade econômica produtiva. A fragilidade do setor cafeeiro (e da economia nacional e mundial) gerou uma intensificação de investimentos públicos (diretos ou indiretos) em setores econômicos que possibilitaram um início oportuno da industrialização do país.

Na conclusão de BRESSER PEREIRA,

“[a] industrialização acelerou-se a partir de 1930, transformando o período 1930-1960 em nossa revolução industrial substitutiva de importações. Suas causas mais gerais foram a crise por que passava o sistema capitalista internacional e a decadência política da burguesia mercantil.”¹⁷⁵

Em decorrência, o Estado brasileiro arvorou-se na condição de grande empreendedor econômico e guia dos destinos da economia nacional. Nesse período, deu-se a inserção formal do Estado na economia. O que veio a ser

¹⁷⁴ AVELÃS NUNES, *Teoria económica e desenvolvimento económico*, cit., p. 31. CELSO FURTADO alertou para essa peculiaridade da industrialização brasileira, que “dependeu por muito tempo, para acumular, de excedentes gerados em outras atividades, particularmente a agricultura; e ainda depende de atividades primário-exportadoras para cobrir as importações de equipamentos e produtos intermediários que lhe são essenciais.” (*O Brasil pós-“milagre”*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983, p. 28).

¹⁷⁵ *Economia brasileira: uma introdução crítica*, cit., p. 41.



intensificado com o passar do tempo, reservando-se apenas as características inerentes a cada um dos modelos e regimes que se seguiram (p. ex., o planejamento no governo KUBITSCHEK, a “empresarialização” do regime militar e os vários “pacotes econômicos” da Nova República) e repercutindo nas previsões constantes da Ordem Econômica das Cartas que se seguiram.

Instalada por VARGAS em maio de 1933 (visando a sufocar a Revolução Constitucionalista de 1932), a Constituinte de 1934 pretendeu:

“incorporar o que o novo direito criava, perante diverso quadro social e econômico, com muito culto do ideológico, além de beber em outras constituições, entre as quais se projetavam a alemã de 1919 (a de Weimar) e a espanhola de 1931”

[...]

“As novidades são com referência à ordem econômica e social, no país e no mundo, com a indústria e o crescimento urbano.”¹⁷⁶

A Constituição de 1934 inovou ao introduzir um capítulo específico sobre “a ordem econômica e social” (Título IV, arts. 115 a 143), ao mesmo tempo em que ampliou sobremaneira os poderes da União e os do Poder Executivo (art. 5º ss.). Apesar de formalmente instalar um sistema capitalista com matrizes liberais, resultou em que o Executivo federal passou a ser detentor de uma centralização e dominação ainda maiores (tanto no que diz respeito ao domínio econômico privado como na relação entre o governo federal e os Estados). VARGAS consolidou o seu poder político-econômico e fez surgir um esboço do intenso nacionalismo que veio a se consolidar nos diplomas constitucionais brasileiros, em especial nas previsões típicas “de estímulo ao desenvolvimento econômico e de defesa dos nossos interesses como país subdesenvolvido”.¹⁷⁷

¹⁷⁶ FRANCISCO IGLÉSIAS, *Trajetória política do Brasil (1500 – 1964)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 235 e 236. Contudo, como frisou IGLÉSIAS: “Em país sem sólida tradição intelectual, com o embaralhamento de idéias de pouca clareza ou mesmo equivocadas, o pensamento costuma ser fluido e até contraditório.” (ob. cit., p. 137). Essa fraqueza e confusão ideológica deu origem a uma Carta sem personalidade definida.

¹⁷⁷ AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 199. Acerca da ampliação dos poderes da União, v. ALBERTO VENÂNCIO FILHO, “Intervenção do Estado e liberdade econômica no direito constitucional brasileiro” (in *As tendências atuais do direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 432) e PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Ed., 2002, p. 326.



Ao mesmo tempo em que celebrava a liberdade de empresa, a Constituição de 1934 restringia essa garantia e instalava formalmente a atuação do Estado na ordem econômica. Configurava, na súmula de JOSÉ AFONSO DA SILVA, um “documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo.”¹⁷⁸

À parte das previsões liberais e de caráter social (inovando com o mandado de segurança – art. 113, nº 33), “nos artigos 116 e 117, o idealismo nacionalista da Constituição de 1934 se projeta em disposições que refletem por igual o teor intervencionista do Estado na mesma ordem econômica, ao asseverar que ‘a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica’ ou que ‘a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito’.”¹⁷⁹

Além disso, o parágrafo único do art. 177 expressamente proibia a usura (apesar de já vigorar a “Lei de Usura”, o Decreto 22.626/1933); o art. 119 previa a necessidade de concessão ou permissão para o aproveitamento industrial de minas, jazidas minerais, águas e energia hidráulica (exclusivamente a brasileiros ou empresas organizadas no Brasil); os arts. 120 a 123 traziam disposições expressas de Direito do Trabalho; os arts. 124 a 132 dispunham sobre limitações ao direito de propriedade (contribuição de melhoria, usucapião, empresas jornalísticas e navios); os arts. 136, 137 e 142 regiam as concessões e delegações de serviços públicos; e os arts. 138 a 141 consignavam disposições de ordem assistencialista (educação, maternidade, infância, ensino, combate às endemias etc.).

6.2.2 As Cartas de 1937, 1946, 1967 (EC 1/69) e 1988

A partir de 1934, a carga normativa da atuação do Estado brasileiro no domínio econômico (e da ordem social) passou a ter uma dimensão

¹⁷⁸ *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 82.

¹⁷⁹ PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História constitucional do Brasil*, p. 329.



constitucional. Tratava-se da ordem econômica de um país capitalista que reservava especialmente ao governo federal uma ampla capacidade de intervenção e regulação na economia.

O que revela a ausência de um modelo econômico estável, ou mesmo uma proposta que se desdobrasse num longo período cronológico. Ao invés de países que fixaram com clareza o perfil da atuação do Estado na economia (os exemplos extremos da União Soviética e dos Estados Unidos da América são inevitáveis), o Brasil sempre se portou com pouca congruência nesse cenário.

As peculiaridades da Constituição de 1934 vieram a ser repetidas, com as devidas ponderações, pelos demais diplomas constitucionais pátrios.

A Constituição de 1934 era formalmente liberal e democrática, mas institucionalizou uma centralização ainda maior do Poder Executivo federal. No plano das ideias, o diploma era adequado ao pensamento econômico mundial de então, mas no plano da realidade, gerou uma sucessão de expectativas frustradas que culminaram na Carta de 1937.

Com o Estado Novo e a Constituição de 1937 acentuaram-se as características interventivas, como o incentivo público à industrialização, as nacionalizações e a organização corporativa da economia. Mas o diploma dizia consagrar a liberdade empresarial.

A rigor, os influxos da “socialização das liberdades” oriundos do Pós-Guerra foram consolidados nessa Carta, conforme leciona OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO:

“A Constituição de 1937 levou às últimas conseqüências essa diretriz, ora declarando, no seu artigo 123, que as liberdades públicas são restringidas pelo interesse coletivo, ora prescrevendo, no seu artigo 135, que o Estado pode intervir na ordem econômica, para dirigi-la com maior amplitude de poderes, e segundo o seu juízo de oportunidade.”¹⁸⁰

¹⁸⁰ “O tabelamento de gêneros pelos Municípios.” RT127/24. São Paulo: RT, setembro 1940.

Já a Constituição de 1946 foi “um documento expressivo, em grandes linhas, dos chamados princípios liberais. Exprime o liberalismo clássico, com pouco avanço em relação à de 1934”.¹⁸¹

A Carta foi elaborada com um olhar onírico nos textos constitucionais pretéritos, particularmente os de 1891 e 1934. Pretendia transpor os vícios e superar os traumas da Constituição de 1937 com lastro nos ideais do século XIX. “Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o fato de não ter conseguido realizar-se plenamente.”¹⁸²

A Carta de 1967 tinha nítida influência da Constituição de 1937 (em especial quanto à ampliação e concentração dos poderes da União e, conseqüentemente, da Presidência). É autoritária (intensa restrição aos direitos individuais) e intervencionista (apesar de garantir, limitando, o direito de propriedade e a indenização das desapropriações).¹⁸³

A Ordem Econômica positivada na Constituição de 1967 representava uma adaptação normativa às diretrizes econômicas do governo militar. Porém, é de se sublinhar o destaque dado por SEABRA FAGUNDES ao fato de que a ênfase posta no princípio da livre empresa e recíproca restrição à intervenção estatal na Ordem Econômica somente encontra semelhança na Carta de 1937.¹⁸⁴

Compreensão semelhante merece a EC nº 1/1969, em que toda a economia nacional girava em torno do Estado-Administração. O texto possibilitou a conclusão de MODESTO CARVALHOSA, no sentido de que “O Estado assume a direção geral da Ordem Econômica instrumentalizada. Subtrai dos entes privados a plena disponibilidade de seus recursos, bens e vontades no campo econômico, regulando

¹⁸¹ F. IGLÉSIAS, *Trajetória política do Brasil (1500 – 1964)*, cit., p. 260.

¹⁸² JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 85.

¹⁸³ Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 87.

¹⁸⁴ Cf. SEABRA FAGUNDES, “Da Ordem Econômica na nova Constituição”. *RF* 222/19. Rio de Janeiro: Forense, abr./jun. 1968, p. 21.

as suas atividades, a fim de que não possam ser exercitadas em desconformidade com o bem geral, de cujos interesses supremos se faz árbitro e tutor.”¹⁸⁵

A Ordem Econômica da Carta de 1988 não se dissociou do passado constitucional brasileiro. Ademais, e tal como se dá em toda a imensidão de seu texto normativo, a Constituição Econômica de 1988 alberga um grande número de princípios, normas programáticas e normas de aplicabilidade imediata. Essa loquacidade conduziu RAUL MACHADO HORTA a tecer as seguintes considerações acerca da concepção constitucional da Ordem Econômica:

“Intervencionismo e liberalismo se alternam na formulação dos princípios e essa relação alternativa, que poderá conduzir ao primado de um ou de outro, exprime o clima de ambigüidade e duplo sentido que percorre as cláusulas da Ordem Econômica e Financeira. Liberalismo, intervencionismo e dirigismo econômico refletem as correntes que se debateram na Assembléia Nacional Constituinte e as maiorias eventualmente vitoriosas imprimiram no texto da Constituição a concepção heteróclita da Ordem Econômica.”¹⁸⁶

O que reflete a positivação constitucional de um sistema econômico capitalista que se pretende misto, no qual há uma participação simultânea do Estado e dos particulares na atividade econômica produtiva.

Décadas depois, as Reformas de 1990 pretenderam inverter essa configuração: o Estado brasileiro passou a planificar a sua abstenção interventiva e a sua regulação econômica (num plano ideal tida como exógena e mínima). A partir de então, o Estado passou a ser considerado por muitos como um retirante do cenário econômico.

¹⁸⁵ *Ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972, p. 5.

¹⁸⁶ *Estudos de direito constitucional*, cit., p. 294. Paralelismo de princípios que levou CAIO TÁCITO a propor uma “exegese construtiva” e integradora, para que, “à luz dessa ambivalência”, seja interpretada a ordem econômica da Constituição de 1988 (“Ordem econômica. Concorrência e monopólio. Gás natural”, in *Temas de direito público*, 1º vol., cit., p. 1135).

6.3 Linhas gerais da Ordem Econômica consignada na Constituição de 1988

Desde logo deve ser acentuado que, nos termos da Constituição de 1988, ao Estado brasileiro não cabe apenas o papel *absenteísta*. O capitalismo celebrado na Carta Magna deve ser prestigiado e compreendido à luz dos demais princípios e regras constitucionais. O que se dá são determinadas situações a exigir uma ponderação sensata da intensidade e extensão da medida interventiva.

Assim, não seria possível de se cogitar de uma recusa ao intervencionismo estatal – isso devido às previsões constitucionais relativas à valorização do trabalho humano e existência digna (art. 170, *caput*); função social da propriedade, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para determinadas empresas brasileiras (art. 170, incs. III, V, VI, VII, VIII e IX); a possibilidade de atender aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo através da exploração direta de atividade econômica pelo Estado (art. 173, *caput*, e § 1º); o dever de repressão ao abuso de poder econômico (art. 173, § 4º); a responsabilidade e punição relativa a atos contra a Ordem Econômica, financeira e economia popular (art. 173, § 5º); o exercício da função de fiscalização, incentivo e planejamento do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174); a prestação e a concessão de serviços públicos (art. 175) etc.

Por outro lado, não há uma definição precisa acerca do momento interventivo nem sobre a modalidade ou intensidade. Excluindo-se as hipóteses óbvias (como o monopólio público do petróleo ou minerais nucleares – CF, art. 177), a inserção estatal no campo da livre iniciativa exige a elaboração de um esboço que diga respeito ao momento interventivo, mais a respectiva intensidade e extensão. Uma leitura do quadro normativo fixado na Carta Magna, bem como os seus limites de extensão e intensidade.

A intervenção somente poderá eclodir nos exatos termos da previsão legislativa que der cumprimento às exceções previstas no Texto Maior.

Os princípios e regras constitucionais firmam o espaço de ação estatal na economia, seus limites e conteúdo. Mas é preciso pôr em foco que a intervenção pode ser discricionária ou vinculada; intensa ou discreta; ampla ou retraída. Não há um parâmetro constitucional prefixado ao interno do universo interventivo, que determine o modo de agir do Estado no domínio econômico. *V.g.*, haverá momentos em que a intervenção econômica estatal será dependente das políticas públicas. A definição do planejamento estatal (determinante para o setor público – art. 174) configurará a diretriz em que se desdobrará a ação interventiva do Estado.

Igualmente existirão hipóteses em que a intervenção não residirá na discricionariedade administrativa, nem tampouco em planejamento ou planos econômicos, mas sim tratar-se-á de ato absolutamente vinculado. Nesse caso não há alternativas à Administração Pública brasileira, senão intervir no domínio econômico. Caso assim não o faça, incidirá em responsabilização pelo *non facere quod debeat*. O dever incontestável de reprimir o abuso do poder econômico é um exemplo de clareza meridiana.

6.4 O Estado brasileiro contemporâneo: intensamente promocional, mas ainda um estranho ao mercado

Por ora apenas se pretende dar início ao desenvolvimento da ideia de que o traço essencial da intervenção econômica está no pressuposto de que o Estado é *alheio ao mercado*, ao domínio econômico e às relações econômicas privadas nas quais intervirá.

Uma vez que o Texto Maior brasileiro prestigia a livre iniciativa e a propriedade privada, estamos diante do modelo de:

“protagonização estatal ativa da economia como **instrumento ancilar**, destinado tão só a estimular a vitalidade econômica ou, então, a evitar que a livre ação dos particulares nesta esfera converta-se em fonte de malefícios para o todo social.”¹⁸⁷

¹⁸⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “O Estado e a ordem econômica”, *RDP* 62/34. São Paulo: RT,

Na tentativa de conferir maior clareza ao desenvolvimento do conceito, pondere-se mais uma vez que não se está a defender um corte absoluto entre a economia e o Estado – mas uma subdivisão entre o Estado-Administração e o domínio econômico privado.

Num Estado como o brasileiro, em que o regime jurídico é o do capitalismo, com a celebração da liberdade de iniciativa (Constituição, arts. 1º, inc. IV, e 170), o Poder Público é um estranho ao mercado e nele somente poderá intervir como uma exceção juridicamente celebrada. O Direito diz quando, onde e como o Estado pode intervir na economia privada. Caso contrário, não seria ele um *tertius* a intervir no domínio econômico, mas mais um agente a *participar* (ou o seu titular a *dirigi-lo*). A lição de ORLANDO GOMES a respeito dos “países transeuntes” cuja estrutura se aproxima do modelo capitalista (mas com tons socialistas) permanece atual:

“Se bem que no seu mecanismo econômico haja peças aparentemente socializantes, o molde institucional de sua economia é basicamente *capitalista*, até porque, se não fosse, o problema da *intervenção do Estado* não se apresentaria, pois intervir é intrometer-se. Nos regimes socialistas, uma vez que os meios de produção se acham nas mãos do Estado, a idéia de *intervenção* não tem sentido.”¹⁸⁸

Indo avante na lição de VITAL MOREIRA a propósito de o Estado ser um elemento “exógeno” da economia capitalista, tem-se que “não se pode pretender-se que, ao julgar legítimo e necessário o conceito de intervenção, seja possível uma economia isenta de Estado. Isso é historicamente irrealizado. A própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma ‘intervenção’: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia.”¹⁸⁹

Saliente-se que tampouco se está a propor algo como uma noção esquizofrênica (ou circular) de intervenção econômica estatal. O Estado e a ordem jurídica da economia não são, simultânea e antagonicamente, “parte” e “terceiro”

abr./jun. 1982, p. 34. O texto foi escrito à luz da EC nº 1/69, mas se aplica ao raciocínio ora esposado.

¹⁸⁸ “Constituição econômica e Constituição política na democracia pluralista”, cit., p. 14.

¹⁸⁹ *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 140.

num mesmo universo incindível. Os planos são dois: por um lado, o domínio econômico, onde Direito e o Estado convivem e interagem continuamente num mesmo ambiente, cada qual desempenhando o seu papel, restrito à sua dimensão geopolítica; por outro, o Estado passa a desempenhar o papel outrora restrito aos agentes privados naquele domínio econômico, através do Direito.

A proposição é demonstrada através de um exemplo num sentido adverso: a “teoria da captura” da regulação pública da economia descreve um desvio em que a economia privada “intervém” no Estado (ou ao menos na específica regulação do setor econômico daqueles agentes). Os empresários exercem o seu poder econômico no sentido de direcionar a regulação estatal em seu próprio benefício – muitas vezes valendo-se de falhas do próprio mercado em que atuam (como a assimetria de informações). Assim, comprova-se que são realidades que convivem em simultaneidade, uma estranha à outra e passíveis de interferências recíprocas.

Mas a intervenção do Estado numa economia capitalista dá margem a outras indagações, que envolvem a propositura de um conceito de intervenção econômica à luz da Carta Constitucional

7. PROPOSTA DE UM CONCEITO DE INTERVENÇÃO ECONÔMICA ESTATAL

A pauta das intervenções estatais se traduz na liberdade de empresa, orientada pela dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho, numa interação sensata com o mercado. Esse conceito assume concretude em ambas as alternativas de intervenção pró-mercado ou anti-mercado. Tanto existe no momento em que o Estado intervém para reconduzir o mercado ao seu modelo concorrencial perfeito, como na hipótese em que se dá a implementação de políticas públicas (elas próprias antagônicas à concepção ideal de um mercado perfeito).

Com base nessas considerações, é possível lançar um conceito de intervenção pública na economia.

A intervenção econômica estatal significa o manejo de instrumentos jurídicos que permitam a interposição da autoridade pública no mercado econômico privado, alterando as relações postas entre os particulares, as opções econômicas primárias destes ou o resultado de tais ações e opções, visando a atingir resultados macro ou microeconômicos orientados pela tutela ao interesse público primário. Trata-se do exercício de poder econômico estatal institucionalizado – oriundo não do mercado, mas sim do Direito.

Como não poderia deixar de ser, num Estado de Direito a intervenção estatal envolve o exercício de função administrativa dá-se com fundamento em normas jurídicas e nos limites por estas estabelecidos. Isso com especial enfoque no patamar constitucional, que garante dignidade da pessoa humana, a justiça social, a liberdade de empresa e a livre iniciativa. Logo, não se pode sequer cogitar de atividade interventiva que agrida irresponsavelmente tais liberdades ou as suprima.

A intervenção tem especial incidência no plano infraconstitucional, mediante a aplicação concreta de atos ou a formulação de normas

regulamentares que tenham por fundamento a lei. Pode ter fundamento imediato na Constituição – caso seja implementada através de plano ou normas positivadas pelo Poder Legislativo (tanto aquelas gerais e abstratas como as de efeito concreto).

A intervenção tem por objeto imediato a alteração da conduta econômica dos agentes privados (ou de seus resultados). Mas os seus objetivos mediatos não dizem respeito unicamente à maneira como as empresas individuais se relacionam reciprocamente (microeconomia), mas também a escala global dos fenômenos econômicos e a sua distribuição estrutural (macroeconomia). Pressupõe os operadores econômicos interagindo entre si num mercado concorrencial, onde a intervenção do Estado deveria ser essencialmente corretiva (ou instauradora, nos setores em que não há mercado ou concorrência).

Mesmo na ausência dessa pauta de comportamentos, o Estado pode implementar um fato econômico e uma realidade até então inédita. Atuará de forma prospectiva, promovendo uma mudança no *status quo* econômico então vigente. Nesse caso, ou estimula os agentes a gerarem uma nova realidade econômica interativa ou a instala e atua prescindindo da participação dos operadores privados.

O amplo conceito de intervenção ora proposto engloba o exercício direto de atividade econômica propriamente dita (através de empresas estatais ou pela *régie directe*), a sua regulação normativa e a atividade administrativa concreta delas derivadas (ou a elas ínsitas), bem como o poder de polícia administrativa no controle, fiscalização e punição dos desvios. Contempla toda e qualquer forma de ingerência e interação do Estado no domínio econômico e nos negócios econômicos das pessoas privadas, de molde a constrangê-las a alterar a concepção original de suas condutas econômicas (ou o resultado delas).

Em sentido semelhante, o conceito proposto por ORLANDO GOMES:

“Consiste a intervenção, resumidamente, em traçar a política econômica do Estado em planos e programas de execução obrigatória, em assumir sob forma empresarial o exercício de atividade econômica, substituindo o particular ou monopolizando-a em certos setores a cujo desempenho se arroga, e em disciplinar por meio de *leis especiais* a atividade



econômica dos particulares estatuidando limitações corregedoras, ou de caráter paternalístico.”¹⁹⁰

Confira-se também a definição de ANTÓNIO SOUSA FRANCO, de caráter teleológico e abrangente:

“todo comportamento do Estado (ou de outras entidades públicas equiparáveis) cuja função e finalidade consiste na modificação concreta do comportamento de outros agentes ou sujeitos ou das condições concretas da actividade económica.”¹⁹¹

7.1 O efeito da intervenção econômica: consequências de fato e de direito

O efeito da intervenção estatal está em que os agentes econômicos deixam de adotar determinadas condutas ou passam a praticar outras tantas ou obtêm resultados diversos dos originais ou são excluídos de determinadas atividades (em todas as hipóteses contrariamente às opções espontâneas primárias que ocorreriam num mercado concorrencial livre) devido à interação do poder público nos respectivos mercados.

O que permite um refinamento do conceito: não se considera intervenção propriamente dita a ação pública que porventura permita aos agentes econômicos adotar, no singelo exercício de suas escolhas racionais espontâneas, a plena definição de suas alternativas comportamentais e respectivas consequências.

Ao menos uma parcela das possibilidades fáticas relacionadas com o exercício do poder econômico há de ser alterada pelo Direito. O que resulta em que nem todas as normas jurídicas que envolvem a empresa dizem respeito ao Direito Administrativo da Economia. Num exemplo extremo, as regras ordinárias

¹⁹⁰ “Constituição econômica e Constituição política na democracia pluralista”, cit., p. 15. A definição é antecedida pela ressalva de que o “*modo de intervenção é jurídico*.”

¹⁹¹ *Noções de direito da economia*, cit., p. 296.

do Direito Comercial a respeito da atividade empresarial não podem ser qualificadas de interventivas.

Apesar de o Código Civil, em seu Livro II – “Do Direito da Empresa” definir a pessoa do empresário (“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”), o dever de sua inscrição no registro público (art. 967 ss.), bem como a sua capacidade (art. 972 ss.), não se pode descrever tais normas como tendo a natureza jurídica de intervenção pública na economia. As normas têm caráter geral, de molde a instrumentalizar juridicamente a finalidade visada pelos agentes econômicos. O Código regula a forma de organização para o desempenho da atividade econômica buscada pelos particulares.

Em suma, não se está diante da disciplina da atividade econômica em sentido estrito, nem tampouco se procura alterar os resultados econômicos dessa atividade. Porém, e à evidência, mesmo algumas das normas comerciais podem ter caráter interventivo, caso assumam o conteúdo limitador de alternativas (p. ex., “só têm direito à concordata as sociedades empresariais”). Mas não se pode afirmar que tais previsões, ainda que localizadas no Direito Comercial, tenham a qualidade de normas de Direito Privado, a coordenar os livres interesses dos agentes econômicos (retome-se o exemplo da concordata e suas consequências).

Claro que, especialmente numa perspectiva econômica em sentido estrito, tais normas podem gerar efeitos econômicos (custos de transação, ônus extraordinários etc.). Mas isso não gera a sua qualificação jurídica (quando muito, é objeto da AED).

Porém, existem previsões normativas que não impõem condutas, mas oferecem alternativas comportamentais legítimas (inclusive a omissão) e/ou disciplinam o agir econômico *a posteriori*. Assim se dá em determinadas hipóteses de estímulo estatal (o fomento é o exemplo perfeito), em que num primeiro momento o empresário pode acolher ou não a alternativa derivada da ação do Estado. Mas a plena liberdade de empresa para nesse momento lógico, vez que

isso se dá dentro dos limites legais nela definidos. Demais disso, há uma oferta que, caso acolhida, instalará posteriormente uma restrição à liberdade de escolha e à liberdade de empresa – gerando efeitos econômicos e disciplinado a conduta dos particulares.

Cogite-se de um outro exemplo óbvio: os incentivos fiscais para a instalação de fábricas em determinados Estados da federação são acessíveis para atividades demarcadas, que contemplem certo nível de investimento em algumas regiões geográficas. Seria o cúmulo do paradoxo o fomento público à instalação de uma nova fábrica em locais (ou setores) nos quais não existem motivos de fato ou razões de direito para tal (o que poderia implicar uma hipótese de atividade predatória de bens públicos).

Mais do que isso: uma vez acolhida a opção, o agente econômico submete-se a um dirigismo público (limitado às circunstâncias do caso concreto e ao seu desenho normativo). Ao concretizar a conduta prevista na hipótese interventiva (submetendo-se posteriormente ao mandamento), o particular desencadeia, faz eclodir a intervenção.

Mas, rigorosamente, nem mesmo na hipótese do fomento ou indução a intervenção pública na economia transfere ao agente privado uma escolha primária plena e respectivas consequências à semelhança dos livres jogos de mercado, mas o constrange a determinados comportamentos (ou resultados). Tem por objetivo induzir uma perspectiva de lucro que não seria vislumbrada fora daquele restrito campo objeto do fomento. Isso faz com que o incentivo transcenda a mera qualificação de “influência” e passe a se tornar o exercício do poder econômico estatal.¹⁹²

Não há intervenção que simplesmente reproduza aos agentes econômicos os benefícios de um mercado ideal. A intervenção é uma forma de exercício de um poder econômico. Quando muito, pode haver uma tendência a

¹⁹² Para FÁBIO KONDER COMPARATO, “A teoria política moderna procura distinguir o poder, propriamente dito, da influência determinante, pela falta de coerção, que caracteriza esta última. Todo poder comporta sanções, ao contrário da simples influência.” (*O poder de controle na sociedade anônima*, cit., p. 2). Ao que se infere, o texto abrange apenas as sanções negativas.



desenvolver mecanismos que possibilitem a ilusão de que os agentes comportam-se espontaneamente. Apesar de muitas vezes não alterar de forma compulsória as escolhas dos agentes econômicos do setor – que participaram como o fazem em qualquer operação comercial privada – a intervenção sempre traz lindes inéditos ao domínio econômico dos particulares.

7.2 A intervenção e os interesses egoísticos dos agentes econômicos

O conceito acima proposto tem por fundo a ideia de que numa economia capitalista os agentes econômicos privados sempre adotam determinados comportamentos unicamente em vista ao prestígio de seu próprio interesse econômico egoístico. As empresas são organizadas visando ao lucro – nada mais claro do que isso. A propriedade privada dos meios de produção, a organização empresarial e o aporte de recursos conduz à busca do lucro (ao menos proporcionais aos investimentos).

Logo, é legítima a busca pelo maior lucro possível (desde que não abusivo e fiel às regras de mercado). O que só se dará caso os particulares tenham a possibilidade de concretizar uma série de atitudes econômicas que beneficiem a eles próprios, de acordo com o seu planejamento pessoal fundado em escolhas primárias espontâneas.

A regra num sistema capitalista é essa; a exceção é toda e qualquer ação que vise a prestigiar interesses de terceiros, que não o titular do capital.¹⁹³ Portanto, a intervenção deve ter como móvel primário a instalação de uma exceção a essa regra primária: quer conduzindo os agentes coativamente a outras condutas, quer induzindo-os a condutas que não adotariam se não houvesse a

¹⁹³ A ideia de “responsabilidade social” (e seus desdobramentos) não só é rejeitada pela doutrina liberal, como também pode ser qualificada de excepcional e dependente de estímulos externos à perspectiva volitiva primária dos empresários capitalistas. Cf. a posição de FRIEDMAN abaixo, na nota nº 298.

intervenção estatal. Caso contrário, ou será inócua ou incidirá em desvio de finalidade.

Aliás, não apenas incidirá em desvio de finalidade a intervenção que porventura vise a prestigiar a busca abusiva pelo lucro. Ao gerar benefícios extraordinários e injustificados a determinados agentes econômicos, o Estado altera o equilíbrio de forças inerente ao paradigma do mercado concorrencial. Essa ordem de intervenção será daninha ao mercado. Implicará a aclamação do abuso do poder econômico, vedado em sede constitucional e legal (Constituição, art. 173, § 3º, Lei 8.884/1994).

Assim, num sistema capitalista que autoriza a intervenção pública na economia as opções econômicas primárias dos particulares não levarão em conta apenas a esfera interna ao próprio agente e sua correspondente atuação concorrencial, mas também – ou especialmente, a depender do Estado – as diretrizes do Poder Público. O que muitas vezes se dá devido à vontade dos agentes – que se puderem decidir entre participar da construção da rodovia Transamazônica ou da estrada Rio-São Paulo, certamente exercerão a opção que lhes for economicamente mais conveniente. Cabe ao Estado-contratante agregar determinados benefícios (ou ônus) que tornem uma alternativa mais lucrativa em relação à outra.

Por isso que o Estado pode conduzir coativamente os agentes econômicos a determinadas atitudes ou induzi-los a exercer livremente a sua vontade dentro de determinados limites. Isso significa que o Estado nem sempre precisa impor à força a sua vontade econômica em face das pessoas privadas para o exercício do poder econômico interventivo, mas muitas vezes simplesmente lhes oferece novas alternativas empresariais. Assim se dá o exercício de uma forma sofisticada de poder econômico: o poder objetivo, no sentido de que o Estado exerce o poder sem precisar valer-se da coação.

Por óbvio, nessas hipóteses, os agentes econômicos veem a atitude estatal apenas como mais um motivo para a tomada de decisões econômicas (ou mesmo instrumental). Trata-se de uma razão mediata; vez que o fundamento

primário da adoção de comportamentos econômicos é sempre a participação no mercado e a gestão dos respectivos recursos escassos.

Também a proposta de divisão entre as condutas econômicas primárias e aquelas derivadas da intervenção estatal exige alguns esclarecimentos. Trata-se de uma divisão num plano lógico-econômico e não meramente cronológico. Isso porque há apenas duas opções básicas: ou a conduta dos agentes econômicos tem um nexos causal imediato com as suas perspectivas empresariais personalíssimas nos exatos limites de sua visão empresarial e sem peias normativas que não aquelas experimentadas isonomicamente por todos os demais concorrentes num regime de liberdade de empresa (nesse caso, não há intervenção) ou tem nexos causal imediato com a intervenção do Estado na economia (o que pode gerar uma combinação infundável de alternativas empresariais). *Tertium non datur*.

Como bem realçou NORBERT REICH, num altiplano teórico que tem aplicação à tese ora esposada: “Mas os processos de mudança que são exigidos pelo direito apenas surgem na medida em que, no âmbito da economia, agentes econômicos possam transformar o imperativo jurídico em cálculo econômico.”¹⁹⁴

Tanto num caso como noutro, o que se dá é a cogitação empresarial acerca do lucro do empreendimento e a segurança do investimento naquele mercado específico. Há uma sucessão (não substituição) de razões deflagradoras para a tomada de determinadas escolhas empresariais.

Pretende-se demonstrar a tese com base em três rápidos exemplos.

O primeiro deles é o de um plano de incentivos fiscais que leve os agentes econômicos a desfrutar de determinados benefícios. Imagine-se que o poder público opte por desonerar determinada fábrica de automóveis do recolhimento de tributos, caso esta se instale em determinado município. A instalação ou não da fábrica naquele município depende de uma opção pessoal e intransferível do fabricante. Esse agente econômico avalia os prós e os contra

¹⁹⁴ “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”, cit., p. 272.



econômicos da adesão ou não ao plano de incentivos e toma a sua decisão empresarial *porque assim o deseja e porque beneficiará os seus investimentos* (levando em conta toda uma pluralidade de fatores entrelaçados que conduzem à decisão), visando a aumentar a sua participação no mercado e, em decorrência, os seus lucros.

A sua decisão tem origem não no plano normativo, mas no plano empresarial privado. Na essência, o eventual resultado social é uma consequência irrelevante e impertinente ao objetivo primário do empresário. Mas é claro que, se não houvesse o plano de incentivos, empresário nenhum nem sequer ponderaria instalar uma fábrica de automóveis numa região adversa, onde houvesse a certeza (ou ao menos a alta probabilidade) da concretização de perdas econômicas.

O contrário se dá quando, por exemplo, o governo determina a adição de percentuais superiores de álcool na gasolina, para incentivar (ou subsidiar) o setor da cana-de-açúcar, a fim de possibilitar a venda dos estoques de álcool e regularizar preço e produção. Os agentes econômicos que abastecem os seus veículos não terão opção, senão comprar a gasolina misturada com o álcool na exata proporção autorizada pelo governo. Não há alternativa econômica viável para todos os proprietários de veículos automotores movidos a gasolina no país (salvo exceções de combustíveis especiais, com preço elevado). Uma aplicação da teoria da causa remota (comprou e dirige o automóvel numa opção econômica voluntária) poderia remeter o exemplo para as hipóteses acima descritas, mas envolveria um certo exagero.

Em suma, e conforme de há muito ficou claro no debate entre KEYNES e o Banco da Inglaterra acerca da eficácia soberana da política monetária:

“Baixas taxas de juros – questionou o representante do Banco da Inglaterra – não são suficientes para fazer os empresários tomarem empréstimos se as perspectivas de investimentos forem obscuras: pode-se levar o cavalo a beber água mas não o obrigar a beber.”¹⁹⁵

¹⁹⁵ ROBERT SKIDELSKY, *Keynes*, cit., p. 86.



Claro que a atividade de fomento e incentivos induz a adoção de certas condutas econômicas pelos agentes privados. Instala novas opções, postas à apreciação dos empresários dispostos a tal. Mas apenas *induzir em tese* não significa produzir, nem tampouco garantia de que a conduta induzida será implementada. O poder econômico interventivo pode ser bem ou mal conduzido; pode eclodir os seus efeitos ou não. Tudo dependerá de seu conteúdo unido ao contexto em que for exercida a intervenção.

Os limites oriundos da intervenção são levados em conta quando da avaliação de alternativas mais lucrativas: a fábrica de automóveis deixa um Estado do Sul do Brasil e instala-se num do Nordeste devido aos benefícios que lhe são concedidos (incorporando em seus custos os ônus resultantes da mudança, da intervenção pública, do desgaste político etc.). Não se trata de um determinismo absoluto (numa relação causal inquebrantável), mas do oferecimento de alternativas econômicas lucrativas pelo Estado e da avaliação de um conjunto de variáveis por parte dos empresários, conduzindo à tomada de decisão.

Estar-se-ia subestimando o mercado e a capacidade decisória dos agentes econômicos ao supor-se que o fomento gera condutas não espontâneas. As escolhas empresariais dessa ordem são aquelas derivadas de forte coação jurídica. O fomento apenas acrescenta uma opção econômica: vantajosa ou não, quem decide isso é o agente econômico através do exercício livre de suas opções primárias (e da consideração de todos os fatores econômicos envolvidos).

Fato é que o fomento eficaz instala no mercado uma alternativa tão atraente, que não poderia ter sido gerada pelo livre jogo das forças concorrenciais. O que se dá é o Estado tornar possível o exercício de uma determinada opção empresarial que não existira se o fomento não existisse.

A intervenção, portanto, ora gera efeitos imediatos na definição da conduta dos agentes econômicos, ora produz consequências derivadas da opção econômica adotada pelos agentes. No primeiro caso, não há espontaneidade primária, no segundo, não há espontaneidade na sequência de comportamentos que implementam a decisão. Mas essa é uma escolha empresarial livre.



Em todas as hipóteses, isso significa exercício de poder. O único caso que não receberia essa classificação estaria num fomento frustrado: a atitude interventiva foi tão mal feita ou o governante tem um passado tão agressivo ou desrespeitador da iniciativa privada que nem sequer induziu os agentes a acolher a melhor das ofertas.

Para que a intervenção mediante indução seja *eficaz*, terá que gerar nos agentes a segurança quanto às vantagens e estabilidade de seu investimento, bem como acentuar as desvantagens na hipótese de não-adesão.

7.3 O gênero intervenção: suas espécies e mutações

Abaixo serão analisados ambos os conceitos de intervenção e regulação, em especial o da regulação – vez que recentemente detentor de maior atenção. Porém, antes serão trazidas algumas considerações doutrinárias que dizem respeito às propostas sistematizadoras dos modos de intervenção do Estado na economia.

A doutrina realiza uma classificação dos modos de intervenção econômica estatal – sempre na tentativa de propor um modelo geral, mas todas as propostas detêm referências ao ordenamento jurídico e momento histórico em que foram elaboradas. Os critérios são peculiares à leitura de cada autor. A seguir será feita uma rápida resenha exemplificativa de algumas de tais teorias, com a finalidade básica de ampliar as perspectivas de investigação.

7.3.1 *O pensamento de ANDRÉ DE LAUBADÈRE*

Talvez a mais rica das classificações ora examinadas seja a de ANDRÉ DE LAUBADÈRE, que propõe um estudo com dois objetivos: por um lado, “ressaltar a

diversidade das modalidades” e, por outro, o “interesse para a determinação do direito que lhes é aplicável e não nas suas incidências e resultados económicos”.

Quatro são as categorias propostas por LAUBADÈRE:

1. Em vista do alcance da intervenção: intervenções *globais, setoriais e pontuais*. As duas primeiras são gerais, pois atingem toda a economia em seu conjunto ou apenas um setor dela. Já as intervenções pontuais “dizem respeito a uma situação particular, por exemplo uma empresa”. Essa primeira classificação tem relevantes desdobramentos no que respeita à natureza dos atos jurídicos empregados: as intervenções pontuais têm por regra os atos individuais, as intervenções globais os atos regulamentares, enquanto que as setoriais podem ser puramente regulamentares ou de natureza complexa (simultaneamente individuais e regulamentares);
2. Em vista do objeto da intervenção: *diretas e indiretas*. Não apenas aquelas que têm em conta apenas as ações dirigidas imediatamente aos agentes económicos e sua liberdade de ação, mas também as ações indiretas – através de medidas que não tenham apenas e tão-somente um objeto económico, mas gerem efeitos económicos (política fiscal, créditos públicos subsidiados etc.). O autor destaca que as medidas indiretas “tomaram a maior importância em nossa época em virtude da repugnância em ‘violentar’ a economia com medidas directas”;
3. Em vista da técnica jurídica aplicada: por *via unilateral* e por *via convencional*. As medidas unilaterais contêm as formas tradicionais de intervenção do Estado na economia (regulamentação, autorização, proibição etc.). A técnica contratual ou negocial tem íntima relação com o respeito estatal à economia privada;
4. Em vista a forma de incidência setorial: relativas às *empresas privadas* e relativas ao *setor público económico*. A primeira categoria diz respeito às “medidas tomadas pelas pessoas públicas em relação aos agentes económicos privados, às empresas privadas (é o sentido restrito das palavras ‘intervenções’ e ‘intervencionismo’)”. Já a segunda refere-se àquela forma de intervenção “que consiste em as pessoas públicas assumirem actividades económicas (...) a gestão daquilo que vulgarmente se chama o sector público industrial e comercial (empresas públicas)”. Para o autor, “a distinção das intervenções públicas relativamente ao sector privado e da gestão do sector público continua a ser a classificação mais importante dos tipos de intervenção”.¹⁹⁶

A classificação proposta por LAUBADÈRE demonstra a amplitude do tema. Seus critérios quanto à dimensão, à teleologia, à perspectiva relacional e aos diversos instrumentos jurídicos a ser utilizados nas intervenções demonstra a ampla gama de possibilidade do exercício do poder económico estatal e seus desdobramentos – em especial nos Estado que se regem pelo capitalismo misto.

7.3.2 O pensamento de GÉRARD FARJAT

Depois de asseverar que a resposta à questão de onde e por qual motivo se dá a intervenção estatal é absolutamente diversa nos dias de hoje daquela que poderia ser dada à época liberal, FARJAT frisa que atualmente o Estado se vale de *técnicas* diferentes, pois ele saiu do seu domínio tradicional de atividades e assumiu novas funções. À vista disso, o autor propõe o exame daquilo que denomina de “mutações nas técnicas” interventivas: *a)* técnicas de comando, *b)* noção de serviço público, *c)* o Estado empreendedor e *d)* utilização de técnicas mistas.¹⁹⁷

Quanto às técnicas de comando, FARJAT acentua os dois tipos atuais: um pertinente ao Direito Público e outro, relativo à interpenetração entre o Direito Público e o Direito Privado (a ordem pública econômica). Quanto ao Direito Público (em particular o Administrativo), há uma atenuação do princípio da legalidade (os textos regulamentares em sucessão às leis) e uma acentuação da “oportunidade” no exercício da competência discricionária. Por fim, alterou-se também a natureza dos comandos – um campo de interdições e prescrições positivas que viu aumentada a carga de proibições: especialmente na correção do relacionamento entre os particulares (derivada tanto do “intervencionismo neoliberal” – que estabelece as regras do jogo e elimina os jogadores traiçoeiros – como do dirigismo, que suprime em larga medida a liberdade contratual – mas nesse caso “*les jeux sont faits*”).¹⁹⁸

Segundo FARJAT, o surgimento do conceito de serviço público deu-se em razão da interpenetração das atividades públicas e privadas cujo desenvolvimento resultou em seu próprio “desmantelamento”: por um lado, a “privatização” da função pública; por outro, o exercício de atividades industriais e

¹⁹⁶ *Direito público económico*, cit., p. 28/31.

¹⁹⁷ *Droit économique*, cit., p. 398/399.

¹⁹⁸ *Droit économique*, cit., p. 399/403.

comerciais (a função dos empresários) pôde ser exercida pelos órgãos públicos. O que gerou um terceiro ciclo nessa evolução: a função dos empresários passou a ser uma função administrativa – gerando uma confusão entre os gêneros e uma extrema variedade de serviços públicos. Apesar da amplitude da compreensão das “missões de interesse geral” (serviços públicos comerciais, industriais etc.), o alargamento das atividades empresariais do Estado fez com que a intervenção estatal ultrapassasse os limites do conceito e da atividade de serviço público.¹⁹⁹

A terceira técnica interventiva, consubstanciada na noção de Estado empreendedor, resultou sobretudo do movimento de nacionalizações ocorrido em França (marcadamente aquelas posteriores à Segunda Guerra) – que conduziram a um controle dos setores fundamentais da economia. O Estado passou a desenvolver atividades tipicamente empresariais, em oposição às atividades de administração em sentido estrito – suprimindo-se as incompatibilidades entre a atividade do empreendedor e as atividades estatais.²⁰⁰

A evolução dos métodos do serviço público em combinação com o Estado empreendedor têm como ponto culminante as chamadas “técnicas mistas”, em que se dá a fusão de capitais públicos e privados, gerando a administração mista (“economia concertada”) e pessoas privadas dotadas do exercício da função administrativa. Inclusive, os particulares passam a participar da elaboração e da realização das atividades e objetivos intervencionistas.²⁰¹

Como se vê, FARJAT não procede exatamente a uma classificação tipológica das formas de intervenção, mas a uma descrição crítica dos impasses históricos e das alternativas atuais para a ação do Estado no domínio econômico – chegando à conclusão de que “as mutações qualitativas das técnicas são significativas de uma mudança no ordenamento jurídico global da sociedade” (com

¹⁹⁹ *Droit économique*, cit., p. 403/408.

²⁰⁰ *Droit économique*, cit., p. 409.

²⁰¹ *Droit économique*, cit., p. 417 ss.

sérios desdobramentos na invasão de domínios “não naturais” da ação do Estado).²⁰²

7.3.3 O pensamento de VITAL MOREIRA

Para VITAL MOREIRA, a intervenção do Estado na economia pode ser vislumbrada sob dois aspectos: *extensão e formas*.

Quanto à extensão, “pode ser acidental e desarticulada, ou sistemática e coerentemente articulada em vista de objectivos previamente determinados”, contemplando três estádios de desenvolvimento: *a)* o *intervencionismo* - a forma inferior manifestada através de “medidas acidentais, pontuais, respondendo a circunstâncias particulares e a necessidades imediatas, e incidindo em sectores restritos da actividade económica”; *b)* o *dirigismo* - em que já existe “uma acção sistemática sobre os processos económicos, visando objectivos político-económicos predeterminados, orientados unitariamente por uma concepção geral do económico”; *c)* a *planificação* - o “último grau do intervencionismo, aquele que se traduz num plano sistemático, visando coordenar todas as acções económicas nacionais”.²⁰³

Já classificação relativa às formas de intervenção encontra uma multiplicidade de critérios, a depender do modo e dos instrumentos de atuação utilizados. Inclusive, os próprios critérios podem ser díspares: *jurídicos, económicos ou mistos*. Do *ponto de vista jurídico*, a classificação pode envolver a natureza das normas que a implementam (se de Direito Público ou de Direito Privado), o nível hierárquico de tais normas (se apenas leis ou também ação administrativa) e, no caso das ações administrativas, se estas se traduzem exclusivamente em “administração de império” (ou não).

²⁰² *Droit économique*, cit., p. 438.

²⁰³ *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 143/144.

Caso a classificação se valha de *critérios não exclusivamente jurídicos*, pode albergar meios *diretos* ou *indiretos* da intervenção. Medidas diretas são aquelas de que se vale o Estado para impor medidas coativas aos particulares (ordens juridicamente vinculantes), meios indiretos são formas de se atingir os objetivos intervencionistas que não a coação jurídica (incentivos, meios adaptados a outros fins – como o sistema fiscal –, etc.). Por fim, o autor chama a atenção para a perspectiva de o Estado poder influenciar a economia de seu exterior ou mediante atuação direta na atividade econômica. Ou ainda caso se limite a apenas vigiar ou também a dirigi-la.

Porém, significativa é a posição sustentada por VITAL MOREIRA, advertindo que o conceito de intervenção é *econômico*, não *jurídico*. O arsenal jurídico presta-se a instrumentalizar a intervenção econômica do Estado, através da utilização de formas e meios adequados às diretrizes de política econômica pública. Confira-se a tese do autor:

“Sem entrar na indagação das virtudes e defeitos de cada classificação, refira-se o seguinte: intervenção é um *conceito económico*, não um conceito jurídico. Embora ela tenha lugar através de formas jurídicas, uma classificação dessas formas não pode bastar-se com um critério estritamente jurídico, não pode deixar de recorrer aos fins (económicos) da intervenção e aos instrumentos económico em que se analisam as várias formas jurídicas. Os objectivos do Estado ao actuar sobre o processo económico podem consistir apenas em defender valores de ‘ordem’ ou de ‘pólicia’ ou em obter receitas para os seus encargos gerais (e enquanto tal não se trata de intervenção económica); ou podem consistir no fornecimento de bens e serviços que por certas razões (*maxime*: defeito da economia privada) só podem sê-lo pela ‘economia pública’; ou podem visar finalmente ao controlo, correção e direcção do processo económico. Esses objectivos não são isoláveis: o prelevamento de receitas não será neutro em relação ao processo económico e a participação do Estado como produtor tem como fim principal ou complementar servir de instrumento de direcção da economia privada.”²⁰⁴

²⁰⁴ A *ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 146/147.

7.3.4 O pensamento de ANTÓNIO SOUSA FRANCO

Segundo a doutrina de ANTÓNIO SOUSA FRANCO, a intervenção do Estado na economia pode ser apreciada em obediência a uma qualificação dividida em quatro critérios: *a)* quanto à doutrina inspiradora, *b)* intervenção de fato e intervenção jurídica, *c)* intervenção indireta e intervenção direta, e *d)* formas jurídicas de intervenção.

“Como doutrina e como modalidade de prática histórica, é corrente distinguir intervencionismo simples, dirigismo e planificação.” O *intervencionismo simples* significa a ação relativa ao atingimento de objetivos próprios e específicos do Estado no conjunto da economia (condicionando ou influenciando com tal fim os particulares), respeitando a liberdade dos agentes privados. Já o *dirigismo* (ou direção econômica) importa a formulação, proposição e até imposição de objetivos econômicos globais pelo Estado. Por fim, a *planificação* é a definição pelo Estado de:

“objectivos globais e sectoriais e estratégias de comportamento por eles ditadas, impondo-as, mediante o plano imperativo, à generalidade dos sujeitos económicos, aos principais sujeitos económicos, ou só aos sujeitos produtivos. De qualquer forma, o mercado deixa de ser o principal regulador do sistema, passando essa função a ser exercida pelo plano.”²⁰⁵

A *intervenção de fato* configura “mero comportamento de facto do Estado e seus órgãos e agentes”, correspondendo

“a simples intervenção de política pura (actos materiais de conteúdo político ou actos políticos) ou a actos económicos, sociais, etc.”. Por outro lado, a *intervenção jurídica* integra-se em “institutos jurídicos destinados a articular o comportamento articulado dos outros sujeitos e o comportamento condicionante do Estado.”²⁰⁶

A distinção entre *intervenção indireta* e *intervenção direta* reside em que a primeira significa “os meios que o Estado usa para condicionar ou modificar

²⁰⁵ *Noções de direito da economia*, cit., p. 297/298.

²⁰⁶ *Noções de direito da economia*, cit., p. 298.

o comportamento dos sujeitos económicos”, enquanto que a segunda aponta para uma atuação económica desenvolvida diretamente pelo próprio Estado.”²⁰⁷

Por fim, as *formas jurídicas da intervenção* vão desde a prática de atos materiais (obras) até a atuação do legislativo (leis gerais e abstratas, leis-medida ou leis-providência, atos-programa etc.) e dos tribunais, passando pelos:

“actos e operações jurídicas plenamente regidos pelo Direito Administrativo e pelo Direito Financeiro ou integrados no seu âmbito – nos seus sub-ramos especiais Direito Administrativo Económico (actos regulamentares, actos administrativos de conteúdo concreto, outros tipos de actos da Administração Pública, contratos administrativos) e Direito Orçamental e Tributário.”²⁰⁸

7.3.5 O pensamento de MANUEL AFONSO VAZ

Os diversos tipos de intervenção na Ordem Económica advêm dos critérios ordenadores da atuação do Estado, de acordo com a proposta de MANUEL AFONSO VAZ. “Assim, segundo um critério de intencionalidade, podem referir-se intervenções *globais, sectoriais e pontuais* (*conjunturais* ou *avulsas*). Esta distinção corresponde, *grosso modo*, à *planificação*, ao *dirigismo* e ao *intervencionismo*. Atendendo ao processo escolhido, podem distinguir-se intervenções *imediatas* e *mediatas*, intervenções *unilaterais* ou de *polícia económica* e *bilaterais* ou de *cooperação e fomento económico*.”

“Para além destes diversos tipos de intervenção de significado mais ou menos evidente, há uma distinção de conteúdo mais rico e de compreensão imprescindível para o entendimento da Constituição económica. (...) A distinção baseia-se agora nos sujeitos que detêm o domínio da actividade económica, designando-se de *intervenção directa* se é o próprio Estado que assume o papel de agente económico e de *intervenção indirecta* se o Estado condiciona, motiva ou enquadra o comportamento dos agentes económicos dele independentes, sem tomar parte activa no processo produtivo, ou seja, não se assumindo como produtor ou distribuidor de bens ou serviços.”²⁰⁹

²⁰⁷ *Noções de direito da economia*, cit., p. 298.

²⁰⁸ *Noções de direito da economia*, cit., p. 299.

²⁰⁹ *Direito económico*, cit., p. 126.

7.3.6 O pensamento de GASPAR ARIÑO ORTIZ

A exposição do jurista espanhol ARIÑO ORTIZ propõe uma organização de utilidade prática referente às classes de ação administrativa, dirigida a valorar o grau de intensidade da intervenção da Administração nos diversos setores da vida social, ou o efeito que a atividade administrativa causa na liberdade e direitos dos cidadãos. O autor discorre a respeito da classificação tradicional das seguintes modalidades de atuação administrativa no domínio econômico: *a)* atividade de polícia, *b)* atividade de fomento, *c)* atividade de prestação (ou serviço público), *d)* atividade de gestão econômica (ou produção de bens e serviços), *e)* atividade de planificação e programação e *f)* atividade arbitral.²¹⁰

A classificação parte de uma evolução histórica da atividade do Estado, numa perspectiva não substitutiva de tais condutas estatais, mas essencialmente cumulativa. Assim, e num primeiro momento, a *atividade de polícia* manifesta-se “através de normas ou atos ‘de império’, que se impõem coativamente aos cidadãos”. Atividade “clássica e essencial do Estado, e vai intimamente unida à noção de ‘ordem pública’.” Sob o ponto de vista do Direito Público da Economia, ARIÑO ORTIZ assinala que a atividade de polícia “condiciona, corrige ou altera os parâmetros naturais e espontâneos do mercado, impondo determinadas exigências ou requisitos à atuação dos agentes econômicos. O Estado, nesta modalidade, fica ‘fora de atividade’, mas impõe as condições dela.”²¹¹

Na *atividade de fomento*, o Estado também está externo à operação da economia, mas influi nela através de estímulos. Essa atuação “está integrada por aquelas medidas de receitas e/ou gastos públicos, que orientam e incentivam (ou dissuadem) a ação econômica privada, encaminhando a ação dos agentes para a produção de determinados bens e serviços, necessários para a coletividade” [...] “Nessas atuações, não coativas, o Estado normalmente não manda mas oferece; e

²¹⁰ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 245.

²¹¹ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 252.

necessita da colaboração do particular para levar a cabo a atividade de que se trata.”²¹²

Quando a Administração assume como próprias determinadas atividades e as presta ao público (quer diretamente, quer por delegação) trata-se da *atividade de prestação* ou *serviço público*. Tampouco estas atividades são impostas, mas oferecidas coletivamente – tornando a Administração protagonista e responsável pela ação.

“Podem qualificar-se com propriedade como atividades públicas, ainda que não suponham o exercício de autoridade, desde o momento em que a Administração ostenta a sua titularidade em exclusivo, e somente mediante técnicas de delegação (concessões, arrendamento, contrato de gestão de serviços ou outra fórmula) podem os particulares atuar nesses campos.”²¹³

As *atividades de gestão econômica* ou *produção de bens ou serviços* diferenciam-se dos serviços públicos por que não são caracterizadas pela titularidade exclusiva nem envolvem um regime de prestação aos cidadãos, mas denotam uma influência direta na economia mediante a oferta de bens e serviços ao mercado. “Trata-se de atividades em que o Estado atua como um agente a mais no mercado, sem reserva alguma de titularidade, mediante fórmulas organizativas e de atuação geralmente jurídico-privadas (empresas públicas ou mistas).”²¹⁴

A classificação abrange ainda a *planificação* e a *programação*, que representam um modo de ação pelo qual “o Estado pretende conformar e racionalizar de modo conjunto e sistemático tanto a ação do Estado como da iniciativa privada com a finalidade de atender em cada setor às necessidades previsíveis a médio prazo.” Por fim, a *atividade arbitral* “É a que realiza a Administração Pública quando decide conflitos ou controvérsias entre os administrados sobre direitos privados ou administrativos.”²¹⁵

²¹² *Principios de derecho público económico*, cit., p. 253/254.

²¹³ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 254.

²¹⁴ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 254.

²¹⁵ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 254/255 (a atividade arbitral reporta-se a peculiaridades do Ordenamento espanhol, como se infere do exemplo do autor: “quando o

Merece realce o fato de que tal classificação com perfil tradicional não escapa de uma observação de ARIÑO ORTIZ quanto às tendências de reforma, subtraindo do Estado o papel de protagonista nas formas de atuação ante aos fenômenos da privatização e liberalização da economia. A palavra-chave “concorrência” modificou a compreensão do *Estado prestador*, intensificando a atuação do *Estado regulador*, do *Estado arbitral* e do *Estado fomentador*. Também o *Estado produtor* foi reduzido a condição mínima, cuja manutenção justifica-se apenas precariamente em determinados setores.

Para o autor, o *Estado planificador e conformador da vida social*, que prevê as necessidades e toma decisões empresariais “está totalmente em desuso.” A compensação dessa redução do Estado produtor e prestador surgirá “com um novo sentido e maior eficácia da função reguladora do Estado na atividade econômica” – o *Estado regulador*.²¹⁶

7.3.7 O pensamento de Washington Peluso Albino de Sousa

WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUSA apresenta os diversos prismas nos quais célebres autores enfrentam o tema. Assim se dá com o *aspecto histórico* da doutrina de MANHEIM (subdividido em período absolutista; Estado liberal; intervenção defensiva das pequenas empresas e concorrência; intervenção impeditiva dos desajustes e aperfeiçoamento de técnicas, que culmina no planejamento); o *critério evolutivo do avanço tecnológico* de GUAITA (subdividido em estímulo e fomento; pressão para imprimir determinado sentido à atividade social e prestações e serviços referentes ao exercício de “política econômica”) e de VIGORITA (subdividido em intervencionismo; dirigismo e planejamento); a clássica divisão em *intervenção defensiva* (p. ex., o tabelamento de preços); *intervenção ofensiva* (a criação de empresas para atuarem em nome do Estado) e *intervenção*

Ordenamento confere à autoridade laboral a *potestade* de ditar laudos de cumprimento obrigatório para trabalhadores e empresários” – ob. e loc. cit.)

²¹⁶ *Principios de derecho público económico*, cit., p. 256/257.



intermediária (medidas reguladoras e controladoras); do ponto de vista da efetivação, em *intervenção legislativa* e *intervenção administrativa*; a proposta de SEABRA FAGUNDES, que divide a intervenção em *disciplina do controle* (ou indireta), *exploração direta não monopolística* e *exploração monopolística* – além da doutrina de EROS ROBERTO GRAU (que será analisada de forma autônoma abaixo).

Ao final, o autor destaca a “tradicional divisão da intervenção” em *direta* (mediante a atuação do Estado empresário) e *indireta* (através da legislação regulamentadora, bem como a reguladora, “em todos os níveis de instrumentos jurídicos”).²¹⁷

7.3.8 O pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

A doutrina de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO propõe uma classificação tripartite da intervenção estatal na Ordem Econômica, aplicável tanto a regimes políticos liberais como àqueles que se caracterizam pelo coletivismo econômico público. As variações em torno da intensidade e extensão de cada uma das formas dependerá da respectiva ordem constitucional. A transcrição do pensamento do autor esclarece a abrangência da divisão proposta:

“Em tese, três são as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica: a) ‘disciplinando-a’, vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-las com os interesses coletivos (poder de polícia); b) ‘fomentando-a’, isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento, mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos etc.; c) ‘assumindo-a’, ou seja, protagonizando-a como ‘sujeito ativo’, como titular dela, ou seja, o agente que a explora.”²¹⁸

Ao mesmo tempo em que ressalta a possibilidade de um mesmo Estado usar de forma concomitante as três formas, o autor conduz as duas

²¹⁷ *Primeiras linhas de direito econômico*, cit., p. 331/333. Acerca da evolução constitucional brasileira, ampliar no mesmo autor em “A experiência brasileira de Constituição econômica.” *Revista de Informação Legislativa* 102/21. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1989.

²¹⁸ “O Estado e a ordem econômica”, cit., p. 34.



primeiras formas (poder de polícia e fomento) para a caracterização dos regimes liberais (propriedade privada e livre iniciativa), enquanto que a terceira “é expressiva dos regimes embasados no princípio do coletivismo econômico encarnado no Estado.”²¹⁹

Já em seu *Curso*, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO analisa tal classificação à luz da Constituição de 1988 (art. 174), minudenciando as formas de intervenção do Estado brasileiro como: *a)* poder de polícia (mediante leis e atos administrativos, na condição de “agente normativo e regulador da atividade econômica”); *b)* incentivos à iniciativa privada (especialmente favores fiscais); e *c)* em casos excepcionais através da atuação empresarial, mediante a criação de pessoas para tal fim.²²⁰

7.3.9 O pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto

A função do Estado dirigida à disciplina das situações de equilíbrio que devem imperar numa economia de mercado cuida, na leitura de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, “da *interferência do Estado, na liberdade de empresa e na economia de mercado, mediante imposições administrativas, destinada a corrigir distorções que atentem contra a soberania nacional, a função social da propriedade, a livre concorrência e a liberdade de escolha do consumidor* (art. 170, I, III, IV e V, CF).” Na medida em que se trata de exceções ao princípio constitucional do livre mercado, “Esse rol constitucional de instrumentos de intervenção é *exaustivo*.”²²¹

²¹⁹ “O Estado e a ordem econômica”, cit., p. 34.

²²⁰ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 631 ss. No que é seguido por LUÍS ROBERTO BARROSO (“Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. *RDA* 229/285. Rio de Janeiro : Renovar, jul./set. 2002, p. 291 ss., e “Crise econômica e direito constitucional”, cit., p. 40).

²²¹ *Curso de direito administrativo*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 464/465. Para desenvolver a visão do autor acerca da Ordem Econômica da Constituição de 1988 (e respectivas críticas), v. “O Estado e a economia na Constituição de 1988.” *Revista de Informação Legislativa* 102/5. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1989.



Assim, os instrumentos de intervenção de que se pode valer o Estado são taxativamente previstos na Constituição. Para o autor, quatro são as modalidades de instituições interventivas:

1. *Intervenção regulatória* – “o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos”. Seriam seis as modalidades previstas na Constituição: *a)* investimento de capital estrangeiro e remessa de lucros (art. 172), *b)* ordenação do transporte aéreo, aquático e terrestre (art. 178 e par. ún.), *c)* propriedade da empresa jornalística e de radiodifusão sonora ou de sons e imagens (art. 222, *caput*), *d)* participação de pessoa jurídica no capital social de empresa jornalística ou de radiodifusão (art. 222, §§ 1º e 2º), *e)* venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis (art. 238) e *f)* produção e comércio de material bélico (art. 21, IV);
2. *Intervenção concorrencial* – “o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais”. A Constituição prevê uma “*suplementaridade precisa e restrita*”, limitada a: *a)* casos expressamente nela previstos (serviços públicos e atividades monopolizadas), *b)* casos definidos em lei de atividade econômica necessária aos imperativos de segurança nacional e *c)* casos definidos em lei de atividade econômica necessária aos imperativos de relevante interesse coletivo (art. 173);
3. *Intervenção monopolista* – “o Estado se impõe com exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços”. É a “forma mais radical de intervenção do Estado na economia, executada com a *supressão da iniciativa privada* em setor que passa à reserva de atuação do Poder Público”. A anomalia da supressão da concorrência mediante a instituição de um privilégio ao Estado, definida *numerus clausus* pela Carta de 1988: para a União, nos arts. 21, IX, e 177 (serviço postal e de correio aéreo nacional, petróleo e gás natural, minérios nucleares etc.) e para os Estados e Distrito Federal, nos arts. 25, § 2º, e 32, § 1º (serviços de gás canalizado);
4. *Intervenção sancionatória* – “o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, incluída a economia popular e certos interesses gerais correlatos”. Destina-se a punir abusos do poder econômico (art. 173, §§ 4º e 5º), a reprimir desvios na função social da propriedade urbana e rural (arts. 182, § 4º, incs. I, II e III, e 184) e à defesa do direito do consumidor (arts. 1º, III, 170, V, 5º, XXXII, 150, § 5º, e 175, II).²²²

²²² *Curso de direito administrativo*, cit., p. 465/477. Ampliar em *Direito regulatório*, cit., p. 129 ss.

7.3.10 O pensamento de EROS ROBERTO GRAU

A proposta classificatória de EROS ROBERTO GRAU passa por algumas ponderações prévias. Inicialmente, o autor sublinha que “Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção” – logo, o vocábulo intervenção deve ter sua compreensão restringida para expressar, “na sua conotação mais rigorosa, *atuação em área de outrem*.” Em decorrência, “o Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública.” “Em outros termos, teremos que *intervenção* conota atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; *atuação estatal*, ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*.”²²³

Depois, EROS GRAU deduz que a:

“atuação do Estado *sobre* o domínio econômico (...) impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos”, que extravazaram os limites do Direito Civil e foram impactados por “preceitos que instrumentam a intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e de justiça social”. O que se deu tanto na “liberdade de configuração interna dos contratos” como na “padronização dos contratos” e nas “hipóteses de contratação coativa”.²²⁴

O autor assume com firmeza a compreensão de que o uso adequado do vocábulo intervenção refere-se e limita-se à “atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito* (‘domínio econômico’ [CF, art. 149])”, retornando à proposta acerca das três modalidades de intervenção: *a)* por absorção ou participação; *b)* por direção e *c)* por indução. Tais hipóteses configuram intervenção *no* domínio econômico (como agente econômico a exercer

²²³ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 82 e 83. Lembre-se da classificação proposta pelo autor acerca de atividade econômica em sentido amplo como gênero, que abarca o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito como espécies (cf. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 109 ss. e *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 49 ss., 81 ss. e 92 ss.).

²²⁴ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 83, 84 e 88.

atividade econômica em sentido estrito) e *sobre* o domínio econômico (regulador da atividade econômica em sentido estrito).²²⁵

“Quando o faz por *participação*, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em regime de *competição* com empresas privadas que permanecem a exercer suas atividades nesse mesmo setor.

[...]

“Quando o faz por *direção*, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*.

“Quando o faz por *indução*, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.”²²⁶

O autor esclarece que adota essa classificação devido aos seus atributos de “critérios e técnicas que se distinguem, entre si, *juridicamente*”:

“Assim como se coloca o Estado em posições bem distintas quando intervém *no* domínio econômico e quando intervém *sobre* o domínio econômico, bem apartadas, entre si, de modo claro e preciso, encontram-se as *normas de intervenção por direção* e as *normas de intervenção por indução*”. As primeiras são “comandos imperativos, dotados de cogência”, enquanto que as normas de intervenção por indução trazem “preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de indução por direção. Trata-se de *normas dispositivas*.”²²⁷

Por tais razões, EROS ROBERTO GRAU exclui o planejamento das modalidades de intervenção: “O *planejamento* apenas qualifica a intervenção do Estado *sobre* e *no* domínio econômico, na medida que esta, como conseqüente ao prévio exercício dele, resulta mais racional (...) caracterizada pela previsão de comportamentos econômicos e sociais futuros, pela formulação explícita de objetivos e pela definição de meios de ação coordenadamente dispostos.” Ou seja, o

²²⁵ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 82 e 126.

²²⁶ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 127. No mesmo sentido, a doutrina de FERNANDO FACURY SCAFF, *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*, cit., p. 104 ss.

²²⁷ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 127 e 128.

planejamento é apenas um método sistematizador da intervenção, não a intervenção ela mesma.²²⁸

7.3.11 Outras proposições e breve resumo

Igualmente merecem citação a doutrina de LUCIA VALLE FIGUEIREDO e ORLANDO GOMES – que, apesar de tratarem rapidamente das modalidades de intervenção, trazem contribuições à compreensão do tema, que não podem deixar de ser mencionadas.

Assim, para LUCIA VALLE FIGUEIREDO a leitura dos arts. 173 e 174 do Texto Maior leva à conclusão de que a intervenção estatal na economia abrange: a *normatização*, a *fiscalização* e o *incentivo* e *planejamento*. Seriam essas as modalidades de intervenção estatal econômica autorizadas constitucionalmente.²²⁹

A doutrina de ORLANDO GOMES vislumbra uma política de intervenção do Estado na ordem econômica, que se efetua de duas formas: “1ª - pela direção da atividade que pressupõe; 2ª - pelo seu exercício juntamente com a atividade dos patrocinadores.”²³⁰ Portanto, a diferenciação proposta pelo autor reside justamente na participação direta (ou não do Estado) no domínio econômico.

Como se infere, não há uma única definição de intervenção estatal na economia, a abranger apenas um grupo de condutas estatais. Nem tampouco há um consenso. Em especial no Brasil, diversas são as propostas doutrinárias – algumas delas abrangendo apenas a atuação administrativa direta na economia e outras envolvendo o todo do ciclo regulatório: desde o Legislativo até a aplicação de sanções (o que pode envolver o Judiciário).

²²⁸ *Ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 129.

²²⁹ *Curso de direito administrativo*, cit., p. 85.

²³⁰ “Constituição econômica e Constituição política na democracia pluralista”, cit., p. 14.

Apesar de não se reportarem exatamente aos conceitos ora propostos, as linhas básicas da doutrina brasileira envolvem: (i) o *instrumento jurídico* através do qual a atuação estatal no domínio econômico se dá (lei ou ato administrativo), (ii) a *forma* pela qual é posta em prática a intervenção (se regulação geral e abstrata – lei e regulamento – ou se intervenção concreta – lei-medida, atuação econômica direta, poder de polícia), (iii) a *intensidade* da ação interventiva (se excludente ou inclusiva da iniciativa privada), e (iv) as *consequências sancionatórias* da ação interventiva (se repressivas ou premiais).

7.3.12 Um contraponto: atuação ou intervenção econômica estatal?

Antes de passar ao próximo tópico, é importante a menção a concepções que rejeitam ou atenuam a utilização do termo “intervenção”, acolhendo, num nível superior a ele (subordinando-o, portanto), as locuções “ação econômica do Estado” ou “atuação econômica estatal”.²³¹

Tais doutrinas defendem que a intervenção teria um significado restrito, ao mesmo tempo pouco adequado e impreciso – além de transmitir uma ideia que remete a um constrangimento, um aspecto negativo da ação do Estado. Já a noção de atuação (ou ação) estatal abrangeria todas as formas de interação do Estado em relação ao processo econômico (no setor público e no privado). Seria a intervenção uma determinada espécie de atuação econômica – “a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado)”.²³² Contudo, e talvez justamente devido a essa amplitude, o conceito mereça ser revisto.

²³¹ Com pequenas variações, a primeira locução é defendida por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, *Primeiras linhas de direito econômico*, cit., p. 317 ss.; a segunda por EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 82/83 e 125/126. Ambas acolhidas por ALEXANDRE DITZEL FARACO, *Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 138/142.

²³² EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 82. Frise-se que o autor é coerente com as premissas (igualmente consistentes), que vêem a atuação do Estado (inclusive quanto aos serviços públicos) como administração de recursos escassos e respectivas subdivisões da atividade econômica estatal (gênero) em serviços públicos e atividade econômica em sentido

Ora, ao se estabelecer um gênero, visa-se a consolidar e englobar numa só ideia as peculiaridades comuns a um determinado grupo (de ações, de seres, de objetos etc.). A utilidade está em proporcionar uma compreensão lógica que armazene as características compartilhadas pelas unidades que pertencem àquele grupo. A utilidade do gênero “atuação econômica” residirá na inclusão de outras espécies de ação estatal equivalentes (ao lado da intervenção) – para, com isso, conferir-se uma organização que desse maior nitidez aos conceitos.

Com isso não está se pretendendo negar validade à concepção de que a intervenção econômica estatal configura uma inserção do Estado em domínios que não lhe são próprios. A intervenção significa sim a intromissão em esfera alheia à do interveniente. Contudo, apenas esse argumento não se prestaria à geração de um gênero superior de atuação econômica estatal, a abranger ... tudo (ou quase tudo) o que o Estado realiza.

Assim, a defesa de um conceito tão genérico pode importar uma ampliação desmedida do conceito de ação econômica do Estado (sem que seja imperiosa a sua confecção devido a razões teóricas ou práticas). Isso porque há inúmeras ações e atuações econômicas estatais que nem sequer dizem respeito ao Direito Econômico e ao Direito Administrativo da Economia, nem tampouco aos limites da Ordem Econômica Constitucional. Por exemplo, é incontroverso, tanto em termos econômicos como jurídicos, que o Estado está a realizar “ações econômicas” em sentido lato ao realizar compras de bens e serviços; ao contratar servidores públicos; ao prestar educação pública; ao decretar estado de calamidade pública; ao aprovar uma emenda constitucional que disponha acerca da criação de novos tribunais; quando imprime e vende o *Diário Oficial*; ao desenvolver atividades relativas à segurança e à defesa nacional etc.

Vislumbrado em toda a amplitude que ele contempla, o conceito pode vir a significar tudo o que o Estado realiza. Logo, é de escassa utilidade no plano do Direito Econômico e do Direito Administrativo da Economia. Por tais motivos, descartar-se-á tal classificação.

estrito (espécies). Porém, tal amplitude dá margem à inserção de conceitos que não se adequam nem a uma nem a outra das espécies propostas. V. acima, nota nº 110.



Levadas em conta essas premissas, será apresentada uma proposta classificatória que envolve a intervenção como gênero da interação estatal no domínio econômico, contemplando as espécies intervenção em sentido estrito e intervenção regulatória.

7.4 A intervenção é o gênero, a intervenção *stricto sensu* e a regulação são as espécies

À parte da qualificação quanto às modalidades de intervenção já descritas, o presente trabalho propõe um conceito genérico de intervenção, com uma subdivisão interna, de molde a abranger as espécies *a)* a intervenção *stricto sensu* e *b)* a regulação.

A intervenção na economia é tomada como um conceito abrangente, que acolhe as espécies “regulação” e “intervenção em sentido estrito”. Isso porque em ambos os casos haverá a inserção de um terceiro no mercado, institucionalmente a ele estranho – de molde a alterar as condutas e/ou perspectivas dos agentes econômicos privados.

Propõe-se uma definição restrita de regulação, limitada ao estabelecimento de normas (gerais e abstratas, mas também na condição de preceitos-medida ou de atos concretos) que sujeitem terceiros ao seu cumprimento (e respectivas sanções). Regulação econômica é a positivação de normas para o atingimento de alguma finalidade econômica. Inclui-se no conceito a formulação de princípios e de regras; de normas de estrutura e normas de conduta. Já a intervenção em sentido estrito é a atuação material direta do interventor estatal no espaço econômico reservado às pessoas privadas. Dá-se através do exercício direto de atividade econômica no domínio econômico privado.

Assim, toda regulação é interventiva *lato sensu* (pois envolve a intromissão através de normas que disciplinam o comportamento de terceiros), apesar de nem toda intervenção ser regulatória (pois a intervenção pode dar-se



diretamente, através do exercício *in concreto* da atividade econômica). O que autoriza uma proposta conceitual.

7.5 Conceito de intervenção econômica e a sua “funcionalização”

Entende-se a intervenção econômica como toda e qualquer conduta estatal (comissiva ou omissiva) que vise a alterar o comportamento econômico espontâneo dos agentes privados, seja com fins de prestígio ao mercado concorrencial, seja com fins estranhos ao próprio mercado concorrencial (mas vinculados ao interesse público, tal como definido em lei).

Através dos mecanismos jurídicos intervencionistas, o Estado se insere no domínio econômico privado buscando produzir resultados macro ou microeconômicos diversos daqueles que adviriam caso intervenção não houvesse. A intervenção é sempre *inovadora*, no sentido de que deve procurar a alteração dos parâmetros comportamentais originários ao mercado no qual se intervém (caso contrário, seria supérflua ou incidiria em desvio de função). Essa inovação dá-se tanto na forma promocional como segundo um perfil repressivo.

Ademais, o conceito se vincula a uma *funcionalização* da intervenção estatal na economia, no sentido de que deve ter por fundamento um fim estranho àqueles próprios dos particulares participantes do mercado. Ainda no caso de uma intervenção pró-mercado, o fim visado diz respeito ao prestígio à concorrência (e não em benefício deste ou daquele agente econômico). A intervenção estatal na economia não pode ter como objetivo primário o aumento dos lucros dos agentes econômicos (o que pode se constituir numa decorrência da intervenção). O que se torna mais claro no caso da intervenção contrária ao mercado, que objetiva o atingimento de objetivos socioeconômicos estranhos aos fins econômicos imediatos dos agentes.

A ideia de funcionalização igualmente descarta a atuação interventiva que porventura busque atingir um interesse secundário da



Administração – tido como aquele “que o Estado (pelo só fato de ser sujeito de direitos) poderia ter como qualquer outra pessoa, isto é, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses de terceiros: os da coletividade.”²³³ Os interesses internos à “máquina administrativa”, titularizados pela Administração (p. ex., aumento da liquidez do caixa público através da retenção de valores devidos às pessoas privadas – salários, desapropriações, indenizações etc.) não podem ser o fundamento único de medidas interventivas no domínio econômico privado. Eventualmente, pode haver uma coincidência de resultados, uma complementação, mas o foco legítimo está no interesse primário.

7.6 A intervenção em sentido estrito e a intervenção regulatória

O objetivo primário de tal atuação jurídica estatal é o de produzir determinados efeitos econômicos na esfera privada. Ocorre que esses efeitos podem ser gerados de duas formas: a primeira delas, quando a intervenção produz *in concreto* um determinado fato econômico alheio à esfera empresarial interna dos particulares e faz com estes alterem a sua conduta a fim de se adaptar a tais modificações exteriores.

Trata-se do fenômeno da intervenção em sentido estrito. Nesse caso, o objetivo a ser atingido não se dá através da inovação na regulação positiva da conduta econômica dos empresários, que permanecem submetidos ao mesmo regime jurídico (de usual às mesmas normas que antes existiam). As pessoas privadas que atuam naquele setor econômico objeto da intervenção não têm a sua linha de ação econômica submetida a um novo e inédito *fazer* ou *não fazer* juridicamente qualificado. Não se articulam, nessa esfera de específica, quaisquer novos modais deônticos relativos ao “permitido”, “ordenado” ou “proibido”.

O que se dá é um meio reflexo, uma pressão indireta, consubstanciada pela atuação empresarial estatal concreta (esta sempre

²³³ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 63.



submetida aos limites legais e constitucionais). Os agentes econômicos alterarão a sua conduta devido aos seus objetivos empresariais, atingidos que foram por um novo fato econômico – tal como se um novo (e poderoso) concorrente se inserisse naquele mercado ou se uma nova tecnologia fosse descoberta.

Através do exercício do *poder econômico*, o Estado cria e insere no mercado um novel *fato econômico*, fazendo com que os agentes vejam-se obrigados (caso desejem manter os seus lucros nesse específico mercado) a adotar as condutas econômicas que, se não existisse a intervenção estatal, jamais seriam implementadas.

Por outro lado, a intervenção estatal no domínio econômico pode se dar através da positivação jurídica de determinados comportamentos permitidos, proibidos ou ordenados. Nesse caso, ao invés de se inserir “fisicamente” no mercado objeto da intervenção, o Estado emana normas que disciplinam a conduta dos particulares, estabelecendo limites e parâmetros comportamentais que antes não existiam, visando a gerar efeitos econômicos naquele mercado, naquele setor ou em toda a economia privada.

Trata-se de específica regulação jurídica da economia, posta num plano geral e abstrato. Os agentes econômicos alterarão a sua conduta devido às prescrições normativas. Caso não o façam, submeter-se-ão (ou não) às consequências previstas na própria norma.

Mas também nesse caso há a intervenção estatal no domínio econômico – uma intervenção regulatória, que não exige a participação material do Estado numa determinada atividade econômica. O Estado permanece ocupando um plano lógico-normativo anterior (legislativo e regulamentar), impondo regras de conduta, controlando o seu cumprimento e impondo eventuais sanções (positivas ou negativas). O que abrange tanto a atividade regulatória repressiva (sanções negativas) como os incentivos e o fomento (Direito promocional).

7.7 Intervenção em sentido estrito, intervenção regulatória e respectivos efeitos jurídicos

Os efeitos jurídicos dos mecanismos de intervenção distinguem-se conforme o plano em que ela se exteriorizar: (i) na intervenção em sentido estrito, há uma ação concreta do Estado que gera efeitos econômicos primários ou secundários (efeitos não derivados diretamente da alteração do comportamento dos agentes em cumprimento a uma previsão normativa) e (ii) na regulação, dá-se a emanção de normas gerais e abstratas relativas ao regramento do comportamento econômico dos agentes (aqui a conduta dos agentes privados subsume-se à hipótese da norma econômica e desencadeia os efeitos jurídicos correspondentes), sejam elas setoriais (p. ex., Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997 e Regulamentos da ANATEL), sejam globais (p. ex., Lei da Defesa da Concorrência – Lei nº 8.884/1994).

Como não poderia deixar de ser, ambas as formas derivam de previsões normativas. A diferença está em que na regulação trata-se de atos gerais e abstratos e decisões concretas que inauguram a ordem jurídica infraconstitucional (leis) ou que dão execução a disposições normativas predefinidas (regulamentos).²³⁴ A configuração dessa espécie de intervenção faz com que os agentes alterem a sua conduta empresarial não devido a uma ação econômica concreta, de molde a ajustar o seu comportamento (pena de experimentarem prejuízos). A conformação da conduta dos agentes tem origem numa previsão normativa expressa.

Na hipótese de *intervenção regulatória*, os agentes econômicos têm a opção de cumprir ou não os preceitos normativos. Caso ajam dentro da legalidade, não sofrerão as consequências jurídicas (e jurídico-sociais) de sua conduta. Ou experimentarão as correspondentes sanções premiais. A intervenção

²³⁴ A questão pode envolver os regulamentos (autônomos e de execução) e a competência normativa das autoridades reguladoras, cuja discussão extrapola a presente tese. A esse respeito, v. LEILA CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, cit., p. 107 ss., e MARÇAL JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., 481 ss.

regulatória dá-se através da positivação de regras que se lançam num plano cognitivo extramercado, puramente jurídico (a gerar futuros efeitos no mercado, através do cumprimento ou não de suas previsões pelos próprios agentes).

Já a *intervenção em sentido estrito* implica que os agentes alterarão os seus comportamentos econômicos devido a razões de fato, derivadas da intervenção estatal (autorizada/determinada pelo Direito) em seus respectivos mercados. Não existe uma estrutura normativa de um dever ser, estabelecendo o que os agentes devem fazer no plano jurídico (com consequências de ordem econômica). O que se dá é a necessidade de fato de os particulares readequarem as suas condutas devido a uma intervenção fática intramercado. Caso a intervenção de fato seja séria e eficaz, a não alteração do comportamento dos agentes gerará um jogo de forças, em que alguém será derrotado: ou o Estado, frustando-se a intervenção, ou os agentes, experimentando prejuízos.

Em tese, as consequências de uma e de outra espécie de intervenção econômica podem ser as mesmas: o Estado pode escolher entre criar uma empresa estatal para alterar o comportamento dos demais agentes do mercado ou estabelecer as regras de conduta para esses agentes (inclusive fixando preços, quantidade, qualidade etc.). Pode decidir entre investimentos públicos para a instalação de uma determinada unidade produtiva ou criar normas de estímulos promocionais para que as pessoas privadas o façam. Isso confirma a existência de um gênero e suas respectivas espécies.

Tal como acima descrito na lição de LAUBADÈRE, a tendência contemporânea é a de que a atividade interventiva seja cada vez menos agressiva ao mercado (menos intervenção em sentido estrito), indicativo daquilo que ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES qualificaram como uma das principais características do Direito Econômico contemporâneo: o declínio da coercibilidade.²³⁵

²³⁵ *Direito económico*, cit., p. 25. Ideia que remete à teoria de BOBBIO quanto às características do Direito promocional nos Estados pós-liberalismo (v. acima, nota nº 153).



Isso porque ambas as formas de atuação do Estado na economia podem perseguir finalidades idênticas e buscar o atingimento de efeitos semelhantes. A diferença está na essência da concepção do relacionamento entre o Poder Público e a economia. No primeiro caso, o Estado força as pessoas privadas à assunção de determinados comportamentos através da prestação de uma atividade concreta (o Estado intervém participando e reflexamente coagindo os agentes a mudar as suas diretrizes); no segundo, através da disciplina normativa (geral e abstrata ou mesmo preceitos concretos, podendo fixar benefícios para aqueles que se adaptem) da atividade dos particulares (o Estado intervém regulando).

Claro que as diferenças não se esgotam nesse plano conceitual, pois há sérias dessemelhanças entre os custos (públicos ou privados); o modelo de Estado (intervencionista, regulador ou liberal); a capacidade distributiva; o escopo desenvolvimentista porventura visado; as consequências (macro e microeconômicas); a capacidade de dispêndios públicos etc.

Por fim, é importante frisar que as duas espécies não são auto-excludentes, mas podem conviver num mesmo ambiente intervencionista. O exemplo adequado a tal cogitação está nos monopólios públicos (Constituição, art. 177). Nesse caso extremo, a legislação exclui os agentes privados, proibindo a sua atuação naqueles setores econômicos estrategicamente reservados ao Estado. Por outro lado, a atuação pública visa a produzir efeitos no domínio econômico dos setores secundários àquele monopolizado. Logo, pode ocorrer uma interação entre a intervenção em sentido estrito e a regulação.

7.8 Intervenção em sentido estrito, intervenção regulatória e respectivos limites e controles

A divisão tem uma importância prática no que diz respeito aos limites da intervenção (*stricto sensu* e regulatória), bem como quanto aos mecanismos de defesa de que dispõem os particulares num caso e noutro.

A Carta Magna estabelece estreitos limites à atuação direta do Estado na economia. Na intervenção em sentido estrito, o Estado se submete às regras jurídicas e padrões econômicos do próprio mercado (a não ser no caso das exceções previstas na própria Constituição).²³⁶ Seria impróprio a uma economia capitalista que se cogitasse de benefícios extraordinários ao Estado interveniente (lembre-se de que a intervenção, por si só, é uma exceção).

Daí a atenção que desperta o art. 173 e §§ da Constituição Federal. Lá estão consignados os pressupostos materiais e formais relativos à exploração direta da atividade econômica pelo Estado, bem como os limites a ela pertinentes.

Nesse caso, os particulares dispõem de uma gama de defesa que se desdobra em dois planos, um irrelevante aos questionamentos ora expostos, outro passível de melhor exame. Irrelevante é a alternativa da adoção de ações empresariais concretas, de molde a neutralizar o novo concorrente (ou os efeitos de sua ação no mercado). Trata-se de uma perspectiva de condutas econômico-empresariais que não dizem respeito ao Direito (a não ser quanto às consequências da licitude quanto ao seu cumprimento).

Logo, um posto de venda de combustíveis pode vender por preços inferiores aos dos postos de combustíveis de propriedade da Petrobras. A perspectiva que nos interessa se põe a partir do momento em que a atuação empresarial do Estado desencadeia descumprimento concreto às normas regulatórias (p. ex., um *dumping*) ou frustra uma determina expectativa, legítima

²³⁶ Reitere-se que a presente tese não envolve cogitações acerca do serviço público à brasileira e respectivas variações conceituais: se atividade econômica; se o conceito jurídico exclui a sua concepção econômica; se poderia ser concebido como intervenção etc. (v. nota nº 24, acima).

e legal, do empresário (p. ex., o malogro de investimentos oriundos de um plano de fomento). Os instrumentos protetivos de que dispõem os particulares são os mesmos que existem em relação aos demais operadores do mercado: ações judiciais para discutir o desvio concreto e/ou pedidos ao CADE para reprimir as infrações à Ordem Econômica (Lei 8.884/1994).

Por outro lado, a regulação normativa da economia faz surgir outra ordem de defesas – desde o ajuizamento de uma ação direta de inconstitucionalidade até aquelas ações pessoais que instalem um controle difuso da constitucionalidade das leis e/ou um controle de legalidade dos regulamentos. Os agentes econômicos (e a sociedade) dispõem de instrumentos que permitem o controle ativo da atividade regulatória do Estado.

7.9 A classificação proposta e respectivas consequências

A proposta classificatória acima apresentada pretende clarificar um ponto específico, que é o de considerar a intervenção como um gênero, do qual a intervenção e a regulação seriam espécies.

O que também contempla a rejeição a um conceito genérico de regulação, a abranger a intervenção em sentido estrito como uma espécie regulatória. Considera-se que essa classificação parte de premissas não exatamente adequadas ao sistema brasileiro, ao mesmo tempo em que gera consequências que dele se distanciam.

Essa constatação autoriza um exame mais apurado do tema, a ser feito no tópico seguinte do presente trabalho, específico acerca da rejeição desse critério de classificatório.

7.10 Crítica a um conceito brasileiro, amplo e genérico, de regulação econômica

Um fenômeno que tem sido experimentado pela doutrina pós anos 1990 é o da celebração exacerbada à regulação pública da economia. Isso no sentido de alargar o conceito de regulação, subordinando a ele as intervenções em sentido estrito (ou delas nem sequer cogitando).

Ressalve-se que as propostas doutrinárias devem ser levadas em consideração tendo em vista a sede em que foram lançadas, as premissas e objetivos visados pelo cientista. Ou seja, não se ousaria atribuir a condição de “erro” ou “acerto” às posições doutrinárias que acolhem a regulação como gênero. Nem tampouco se está a defender uma atenuação da atividade regulatória e um incremento na intervenção direta do Estado brasileiro na economia. Não se trata disso. Apenas se pretende pôr em foco uma determinada compreensão do tema, a fim de auxiliar no debate.

A seguir, pretender-se-á demonstrar que, frente à Ordem Econômica brasileira, não é exato sustentar que a regulação econômica é um gênero superlativo que contemplaria a espécie intervenção econômica.

7.10.1 O conceito de intervenção e a profusão da “American-style regulation”

Chega a ser enfadonha a repetição de que a onda regulatória pela qual o mundo vem passando desde a década de 1980 deve-se a uma “americanização do Direito”.²³⁷

²³⁷ Por todos, a obra coletiva *L'américanisation du droit*. Archives de philosophie du droit, t. 45. Paris: Dalloz, 2001 (que abrange não só o Direito Econômico, mas também a “americanização” do Direito Constitucional, da Justiça, do Direito Penal, do Direito Societário etc.). Americanização essa decorrente da “mundialização” ou “globalização” – por todos, AVELÃS NUNES, *Neoliberalismo e direitos humanos*, cit., *passim*, e MIRELLE DELMAS-MARTY, *Três desafios para um direito mundial*, cit., *passim*.

Especificamente no que diz respeito à regulação econômica, GIANDOMENICO MAJONE vale-se reiteradamente da expressão “*American-style regulation*” para se referir à forma de intervenção estatal que acredita no funcionamento perfeito do mercado em circunstâncias normais e que, por isso, deixa a propriedade das empresas em mãos de pessoas privadas.²³⁸ A intervenção dar-se-ia puramente através de normas (em menor número possível) e o Estado apenas sanaria as falhas de mercado (ao que se infere, numa atuação pró-mercado).

Mas o essencial disso está em seu significado macroeconômico (e mesmo “macrojurídico”). Não significa apenas uma opção catalográfica, oriunda de conceitos normativos neutros. A defesa de uma *American-style regulation* não implica somente um enfoque privilegiado da atividade normativa. Mais do que isso, traz consigo uma específica concepção de todo o relacionamento do Estado com a economia. Não envolve apenas a atenuação da intervenção direta e o favorecimento à intervenção regulatória, numa singela alteração dos modos de intervir, mas sim uma diferente concepção estrutural da própria economia, do papel do Estado e dos agentes econômicos. Altera-se toda a *rationale* do sistema.

Essa “lógica da ação econômica do Estado” aclara-se e torna-se ainda mais incisiva no que diz respeito à União Europeia – a qual, como leciona MARÇAL JUSTEN FILHO, tem um núcleo ideológico que “corresponde à substituição da intervenção direta do Estado por manifestações regulatórias. Consagra-se a concepção da suficiência do mercado para disciplinar as relações econômicas, mediante supervisão de entes independentes, de conformação não política.”²³⁹

Assim, se nos Estados Unidos da América é difícil de se vislumbrar uma intervenção econômica direta e ativa (são poucas as exceções), isso nem sequer seria possível de se cogitar frente à Comunidade Europeia. É alheia,

²³⁸ *V.g.*, nos ensaios “Regulation and its modes” e “The rise of statutory regulation in Europe”, ambos publicados na coletânea *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996 – em que a expressão e sua explicação é mencionada à p. 10 e 47, respectivamente.

²³⁹ “União Européia – a esperança de um mundo novo.” *RDA* 219/27. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000, p. 87. No mesmo sentido, ampliar em GIANDOMENICO MAJONE, *La communauté européenne: un Etat régulateur*. Paris: Montchrestien, 1996.

impertinente e irrelevante, à inteligência do sistema comunitário uma investigação acerca de qualquer “exploração direta da atividade econômica” por parte da União Europeia. O que se pode vislumbrar é a regulação econômica, submetida a determinadas peculiaridades ínsitas à soberania dos Estados-Membros. Logo, a racionalidade interventiva é avessa à essa realidade europeia supranacional, que antes se afigura como um “Estado Regulador”.

Ocorre que a transposição da compreensão normativa inerente à ideologia regulatória da Comunidade Europeia e dos Estados Unidos não traz consigo a realidade econômica ínsita ao espaço comunitário e/ou ao cenário econômico da América do Norte. Nem tampouco o passado e a carga cultural dos respectivos países. Vêm apenas o novo modelo, as normas e a propaganda.

Porém, e apesar da autonomia do sistema jurídico brasileiro (e a menor porosidade que ele detém – especialmente em face dos países da União Europeia), é nítido que a influência advinda do termo “regulação” (e a sua respectiva divulgação contemporânea) tem origem no Direito estadunidense. O mesmo se dá na Europa, como bem destacou PAZ FERREIRA:

“(…) nos Estados Unidos, mesmo as políticas mais intervencionistas raramente se orientaram para a produção pública de bens como forma de corrigir as falhas de mercado privilegiando a actuação de agências públicas para assegurarem determinados comportamentos dos privados.

“As razões que levaram a estas respostas têm a ver com tradições culturais económicas muito diversas que levaram a que nos Estados Unidos nunca se assistisse a um crescimento muito acentuado do setor público.”²⁴⁰

Ou na exposição incisiva de SOUSA FRANCO:

“Adoptando uma visão mais própria de certos tipos de intervenção, há quem – sobretudo na moderna teoria anglo-saxónica, **maxime** norte-americana – prefira falar de **regulation**, definindo-a como a actuação do Estado que interfere sobre as forças do mercado (e, reflexamente, de **deregulation**, como movimento tendente a abolir tais formas de actuação, mantendo apenas as actuações do Estado que sejam

²⁴⁰ *Direito da economia*, cit., p. 395.

conformes às 'forças do mercado' ou ao 'livre funcionamento do mercado')."²⁴¹

No mesmo sentido, PAULO MOTTA:

"A expressão *regulação* tem sua origem nos estudos econômicos procedidos por profissionais de língua inglesa, com a finalidade de permitir uma distinção entre a clássica regulamentação de direitos e a intervenção regulatória do Estado na atividade econômica."²⁴²

Fato é que o Brasil não restou impune a essa americanização regulatória do Direito. Por isso a menção a essa circunstância, que tem uma razão de ser específica neste ponto do trabalho: a tentativa de esclarecimento do amplo conceito de regulação econômica recentemente aplicado à Ordem Econômica brasileira. Mas para se chegar a tal ponto, faz-se necessária uma compreensão prévia (e uma tentativa de desmistificação) dessa tal *American-style regulation*.

7.10.2 *A intervenção econômica e a regulação nos Estados Unidos da América*

Desde início dos anos 1980, há uma intensa divulgação pública quanto à "reinvenção" do governo dos EUA – com a retirada absoluta do Estado do cenário produtivo e uma atenuação da regulação pública da economia. Isso deu margem a uma série mundial de privatizações, desregulações e liberalizações econômicas – que teve início na Inglaterra, alastrou-se pela Europa e atingiu a América Latina nos anos 1990 (com efeitos especiais no Brasil e na Argentina).

Isso apesar de não ser preciso que o governo norte-americano seja totalmente infenso à atividade produtiva estatal. Tanto ao longo de sua História como nos dias de hoje, o governo dos Estados Unidos mantém uma participação (ainda que ínfima) na atividade empresarial. Apesar de se tratar de uma exceção, não merece ser ignorada.

²⁴¹ *Noções de direito da economia*, cit., p. 295.



Nesse sentido, ALBERTO B. BIANCHI faz um minucioso levantamento acerca do desenvolvimento histórico da regulação econômica estadunidense, dividindo a sua pesquisa em três períodos: o primeiro, de 1870 a 1930 (que marca o nascimento da regulação em nível nacional); o segundo, de 1930 até 1970 (o *New Deal* e as consequências de grande intervenção estatal dele advindas) e o terceiro, de 1970 aos anos 1990 (envolvendo a atenuação regulatória nas eras NIXON e CARTER, seguido de um alardeamento de sua retração no período REAGAN e BUSH).²⁴³

O autor aponta que, já ao início do século XX, os EUA começaram a utilizar-se “da técnica do empresariado público, ainda que nesse país não tenha alcançado a difusão que teve em outros”. Em 1902, o Estado norte-americano tornou-se acionista de uma empresa vinculada ao projeto do Canal do Panamá (incluindo ações da Companhia Ferroviária do Panamá). Depois, em 1917/1918, foram criadas várias empresas públicas em razão da Primeira Guerra (*States Grain Corporation, United States Emergency Fleet Corporation, War Finance Corporation* etc.).²⁴⁴

Também a Grande Depressão “trouxe consigo um grande número de empresas estatais principalmente desenhadas para estabilizar a economia e para conceder empréstimos”.²⁴⁵ Em 1933, a *Tennessee Valley Authority* foi criada na condição de ente regulador dotado de características de empresas privadas

²⁴² *Agências reguladoras*, cit., p. 47.

²⁴³ *La regulación económica*, t. 1. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998. JOSEPH E. STIGLITZ aponta que o governo CARTER promoveu a desregulação da economia (reduziu o papel do governo na regulação econômica), enquanto que os governos REAGAN e BUSH criticavam a carga regulatória, mas ainda assim fizeram a regulação crescer (em especial as que envolviam o meio ambiente e o sistema bancário). O recente governo CLINTON teria adotado uma posição balanceada: reconheceu a necessidade da regulação, mas tentou atenuá-la (*Economics of the public sector*, cit., p. 11). Aprimorar a análise das ondas regulatórias estadunidenses em MARÇAL JUSTEN FILHO, *O direito das agências reguladoras independentes*, cit., p. 72/107.

²⁴⁴ ALBERTO B. BIANCHI, *La regulación económica*, cit., p. 78/79.

²⁴⁵ ALBERTO B. BIANCHI, *La regulación económica*, cit., p. 117. STIGLITZ reforça o entendimento de que a Grande Depressão “foi o evento que mais fundamentalmente mudou as atitudes em face do governo. Houve uma (justificada) ampla visão de que os mercados haviam falhado de uma forma significativa, e havia enormes pressões para que o governo fizesse algo a respeito dessa falha do mercado.” (*Economics of the public sector*, cit., p. 6).



(ações, flexibilidade, iniciativa etc.), a fim de administrar o sistema elétrico do rio Tennessee e hoje, ainda, exerce as mais diversas funções.²⁴⁶

Na década de 1960, “novamente apareceram algumas empresas estatais. Muitas delas seguiram o modelo tradicional, a miúdo com a denominação de *Government agencies* (agências do Estado), e foram situadas dentro da estrutura governamental existente.”²⁴⁷ Por fim, marcante é o exemplo da AMTRAK – com origem no *Rail Passenger Service Act*, de 1970. A AMTRAK é uma sociedade anônima criada pelo Congresso visando a aprimorar o transporte ferroviário. Apesar de formalmente não integrar a Administração estatal, os seus diretores são nomeados pelo Estado e está submetida a órgão público específico.²⁴⁸

Esses dados prestam-se a pôr em foco o fato de que a economia norte-americana não é peremptoriamente avessa à atividade produtiva pública. Não existe apenas regulação normativa, sempre cordial ao mercado e sem coercibilidade. Além de existirem empresas governamentais que exercitam diretamente atividade econômica de grande importância, há variações de acordo com o perfil de cada um dos governos: a regulação implementada no governo CARTER é diversa daquela proposta pelo governo REAGAN.

De qualquer forma, não se pode negar que a atuação estatal direta no desenvolvimento de atividades econômicas empresariais é uma exceção, que também foi objeto de privatizações. Como aponta STIGLITZ, a privatização significou um processo muito mais intenso na Europa e no Japão do que nos Estados Unidos – devido à desproporção entre os respectivos números de empresas e atividades produtivas titularizadas pelos governos.²⁴⁹

²⁴⁶ ALBERTO B. BIANCHI, *La regulación económica*, cit., p. 101/102. STIGLITZ e WALSH indicam que “a Tennessee Valley Authority (TVA), empresa pública, é uma das maiores geradoras de eletricidade do país” (*Introdução à microeconomia*, cit., p. 11).

²⁴⁷ ALBERTO B. BIANCHI, *La regulación económica*, cit., p. 139, fornecendo os seguintes exemplos: *Overseas Private Investment Corporation*, *Corporation for Public Broadcast*, *Legal Services Corporation* etc.

²⁴⁸ ALBERTO B. BIANCHI, *La regulación económica*, cit., p. 189.

²⁴⁹ Para STIGLITZ, a mais controversa e mais importante privatização norte-americana foi a da *United States Enrichment Corporation*, responsável pelo urânio enriquecido – que, a depender do grau de enriquecimento, pode ser utilizado em usinas nucleares ou em bombas atômicas (*Economics of the public sector*, cit., p. 12).

Ou seja, não é uma verdade absoluta a exclusão do Estado norte-americano do exercício de atividade econômico-empresarial. Há exceções significativas. Atualmente, o governo federal norte-americano é responsável pela defesa nacional, correios, impressão do dinheiro e a regulação dos comércios interestadual e internacional. Até a presente, o *U.S. Postal Service* é “o monopólio público mais importante dos Estados Unidos”.²⁵⁰

Exceções à parte, fato é que a economia americana é fundamentalmente regida pela liberdade de mercado unida a uma regulação normativa (cuja intensidade e extensão variam de acordo com o governo federal). Ao contrário dos casos europeu e brasileiro, mesmo onde haja monopólio natural, os Estados Unidos dependem da regulação econômica – apesar de haver alguma pouca produção pública, em especial nos setores de energia hidrelétrica e água.²⁵¹

7.10.3 *Sistemas diferentes, classificações diversas*

Em conclusão, tem-se que não haveria sentido em falar numa intervenção econômica estatal como gênero (a abrigar as espécies intervenção em sentido estrito e a regulação) numa economia como a norte-americana. A lógica do sistema da *American-style regulation* exclui as premissas acima descritas (oriundas do sistema brasileiro) e prestigia um enfoque inverso: a regulação geral e abstrata (pouco importa se setorial ou não) como regra; a atividade produtiva

²⁵⁰ STIGLITZ e WALSH, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 227.

²⁵¹ STIGLITZ, *Economics of the public sector*, cit., p. 196. “Alguns países deixam monopólios naturais nas mãos do setor privado mas estes são regulados pelo governo. Essa é em geral a prática nos Estados Unidos. Serviços locais de utilidade pública, por exemplo, permanecem privados, mas suas tarifas são reguladas pelos estados. Agências federais regulam os serviços de telefonia interestaduais e o preço do transporte interestadual de gás natural.” (STIGLITZ e WALSH, *Introdução à microeconomia*, cit., p. 227/228). A corroborar a assertiva, LUTTWAK indica que, em 1998, a participação dos EUA na propriedade industrial e na propriedade de serviços era “muito limitada” (“Algumas instalações para a produção militar nuclear/outros operadas por contratantes privados” e “Os serviços ferroviários da Amtrak são *de facto* governamentais”), com privatizações em curso e nenhuma propriedade pública nos bancos (*Turbocapitalismo*, cit., p. 307). Também é importante frisar que o *Relatório Gore* sobre a Administração Pública americana e as opções para a sua reforma e eficiência nem sequer chega a mencionar qualquer indústria ou atividade econômica prestada pelo Estado (*Reinventar a administração pública*. 3ª ed. Lisboa: Quezal, 1996).

governamental como exceção. Essa é a razão inerente ao sistema, que se acentua no cenário da Comunidade Europeia (onde nem sequer se poderia pensar acerca da intervenção comunitária produtiva em sentido estrito).

Logo, os sistemas brasileiro e americano (e o comunitário europeu) são diferentes – autorizando uma compreensão diversa e uma conceituação adequada a cada um deles. O alargamento do conceito de regulação (ou a sua compreensão monoteísta) traz consigo uma carga cognitiva impertinente ao sistema jurídico brasileiro.

Desta forma, a inversão do sentido mediante a inserção do conceito de intervenção como espécie secundária do gênero regulação aproxima-se daquilo que TULLIO ASCARELLI qualificou de “premissas implícitas” do Direito Comparado, ao advertir que “as doutrinas nacionais omitem, às vezes, a indicação de características que, no entanto, são das mais importantes nos diversos direitos. [...]”

“É por isso que, através do estudo do direito comparado, somos freqüentemente levados a investigar o que chamarei de ‘premissas implícitas’ (econômicas, sociais, doutrinárias etc.) nos diversos direitos, premissas às vezes não formuladas, e, no entanto, de importância para evidenciar o alcance das soluções jurídicas, bem como para explicar a diretriz da evolução de determinado direito.”²⁵²

Ou seja, a doutrina da *American-style regulation* tem por premissa implícita que o exercício de atividade produtiva econômica diretamente por parte do Estado é uma *exceção absoluta* (ou uma impossibilidade, no plano comunitário). A intervenção econômica em sentido estrito é um conceito que alberga alguns exemplos pontuais, a demonstrar que são alheios, estranhos, adversos ao sistema estadunidense. Tais exceções prestar-se-iam justamente a confirmar a regra.

Logo, nada mais adequado do que construir um conceito genérico de regulação – a absorver a regra e as eventuais exceções. Somente teria sentido a adoção do *American-style regulation* para os países que adotam idênticas

²⁵² *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., p. 41.

premissas nos planos normativo e socioeconômico (implícitas e explícitas). O que tem iguais consequências no plano jurídico-científico.

7.10.4 *Noções e conceitos de regulação econômica*

O que ora se sustenta é o fato de que o Brasil não dispõe das mesmas “premissas implícitas” do sistema estadunidense – quer no mundo do *ser* econômico, quer no mundo do *dever ser* jurídico. Não exercita nem pode se submeter ao *American-style regulation* especialmente porque a Ordem Constitucional prevê a atuação direta do Estado na economia, sob as mais diversas roupagens. Mais do que isso, a configuração de País subdesenvolvido exige uma intervenção mais intensa e ativa do Estado, em especial nos “pontos de estrangulamento” da economia.²⁵³

Logo, o *estilo interventivo brasileiro* resulta da combinação de *premissas implícitas e explícitas* da Constituição Econômica brasileira e da economia nacional, a afastar a regulação como gênero que albergaria uma espécie interventiva excepcional.

Por outro lado, tampouco os movimentos de desestatização, privatização e liberalização da economia teriam o condão de inverter tais premissas. Apesar de tais fenômenos recentes não se referirem unicamente a uma modificação superficial da relação entre Estado e economia (vez que houve alterações estruturais, inclusive no que diz respeito à Constituição Econômica e à legislação infraconstitucional), não geraram o efeito central de suprimir o perfil anteriormente definido.

²⁵³ Os “pontos de estrangulamento” são as dificuldades estruturais em setores cujo não-desenvolvimento impede a fluidez e(ou) a instalação dos demais setores econômicos. O incentivo e a produtividade exigem não só a ausência de óbices ao fluxo futuro das mercadorias, mas também a preexistência de bases que permitam assegurar o resultado econômico da produção. Por exemplo, o agricultor que planta em grande escala necessita não apenas de áreas rurais, técnica adequada, pessoal qualificado, tratores, sementes e fertilizantes – mas também de energia elétrica, água, meios de transporte para o escoamento da safra, silos que comportem o armazenamento da produção etc. (tudo isso compondo os custos de produção e refletindo no preço final do produto). A

Isto é, o que se deu foi uma mudança na concepção do relacionamento do Estado na economia que envolveu uma atenuação da participação dele, mas não a sua exclusão e(ou) o estabelecimento de uma realidade avessa à anterior. Ademais, permanecem algumas das necessidades de fato que tornam imprescindível a atuação econômica estatal.

Desta forma, reputa-se válido argumentar também no plano taxionômico, alternando-se o conceito primário e o secundário (gênero e espécies). Ou no plano conceitual puro, aumentando as hipóteses albergadas pelo conceito. Trata-se de alternativas perfeitas, se coerentes às premissas da tese.

Assim, pede-se *venia* para discordar de definições recentemente lançadas por parte da doutrina nacional, que conferem uma generalização ao conceito de regulação. Alguns exemplos prestam-se a estimular o debate. Assim, CALIXTO SALOMÃO FILHO adota um conceito que poderia ser qualificado de ainda mais amplo do termo, a seguir transcrito com as razões esposadas pelo autor quando dessa escolha:

“Engloba toda forma de organização da atividade econômica através do Estado, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia. [...] Na verdade, o Estado está ordenando ou regulando a atividade econômica tanto quando concede ao particular a prestação de serviços públicos e regulando a sua utilização – impondo preços, quantidade produzida etc. – como quando edita regras no exercício do poder de polícia administrativo. É, assim, incorreto formular uma teoria que não analise ou abarque ambas as formas de regulação.

[...]

“No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica.”²⁵⁴

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO também compartilha dessa tese e esposa um entendimento que compreende a regulação como as “diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico”. A seguir a definição proposta por esse autor:

existência de *bottlenecks* impede a fluência das atividades produtivas.

“a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas.”²⁵⁵

Contudo, e respeitosamente, conceitos como os acima exemplificados não parecem adequados ao sistema brasileiro. A configuração constitucional da intervenção ativa do Estado na Ordem Econômica, unida à efetiva intervenção estatal produtiva (mesmo em tempos pós-privatizações) autoriza uma definição que melhor defina os planos.

Defende-se uma compreensão semelhante à de CARLOS ARI SUNDFELD, para quem a regulação é uma “espécie de intervenção estatal” que se manifesta “tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.).”²⁵⁶

Desdobrando o sentido do termo nas áreas por ele abrangidas, para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO o conceito de regulação alberga as ideias de *regulação social* e *regulação econômica*: “o conjunto de regras de conduta e de controle da atividade econômica pública e privada e das atividades sociais não exclusivas do Estado, com a finalidade de proteger o interesse público.”²⁵⁷

Em sentido semelhante, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO especifica que:

“a regulação deve ser considerada sobre três aspectos, a saber, a regulação de monopólios, em relação aos quais devem ser minimizadas as forças de mercado através de controles sobre os preços e a qualidade do serviço, regulação para a competição, para viabilizar a sua

²⁵⁴ *Regulação da atividade econômica*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

²⁵⁵ “A nova regulação dos serviços públicos”. *RDA* 228/13. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2002, p. 14.

²⁵⁶ “Introdução às agências reguladoras”, cit., p. 18.

²⁵⁷ “Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade”, in MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (org.), *Direito regulatório – temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 30.



existência e continuidade, e regulação social, assegurando prestação de serviços públicos de caráter universal e a proteção ambiental.”²⁵⁸

É também de se citar a compreensão de ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO – para quem, ao mesmo tempo em que espousa o entendimento de que a regulação, a atividade econômica de produção de bens e serviços do Estado e o fomento constituem espécies do gênero intervenção na economia, propõe um conceito lato da regulação estatal da economia:

“é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”²⁵⁹

Ao final, é de se mencionar a definição proposta por ALEXANDRE FARACO – com acentuado caráter teleológico:

“a regulação visa limitar a liberdade dos agentes econômicos, de forma a afastar determinados efeitos indesejáveis de um sistema que é baseado nessa ação livre. Assim, a atuação reguladora é necessária quando o agir dos agentes econômicos, sustentado em seus próprios interesses, é falho em alcançar determinados resultados socialmente rejeitados.”²⁶⁰

Note-se que tal concepção é também encontrado na doutrina lusitana, que defende conceitos algo semelhantes ao ora adotado. A definição de EDUARDO PAZ FERREIRA confere características mais abrangentes à locução, ao mesmo tempo em que a restringe ao plano normativo:

“A regulação económica implica, assim, antes do mais, a definição de objectivos por via legislativa, a escolha dos instrumentos para assegurar

²⁵⁸ *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 438. V., do mesmo autor, *Direito administrativo regulatório*, cit., p. 20/21 e 24 ss., que trata dos conceitos de regulação e de função normativa (porém, ao tratar da “estrutura da Administração para a regulação”, a obra abrange o exame das empresas estatais – p. 253 ss.).

²⁵⁹ *Agências reguladoras*, cit., p. 23 e 37.

²⁶⁰ *Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 141. Mais adiante, o autor aclara o seu entendimento no sentido de que “a ação reguladora terá, essencialmente, um caráter normativo. Obviamente, isso não fica limitado à lei em sentido formal, mas também compreende qualquer norma jurídica validamente positivadas que afete a liberdade de ação dos agentes econômicos.” (ob. cit., p. 143/144).

a prossecução de tais objectivos e a opção quando aos meios para dotar esses instrumentos da necessária coercibilidade.”²⁶¹

Também ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES acolhem um conceito de regulação que não inclui a intervenção direta produtiva:

“A *regulação pública da economia* consiste no conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionadas através das quais o Estado, por si ou por delegação, determina, controla, ou influencia o comportamento de agentes económicos, tendo em vista evitar efeitos desses comportamentos que sejam lesivos de interesses socialmente legítimos e orientá-los em direcções socialmente desejáveis.”²⁶²

Porém, é importante o alerta para a vigorosa corrente que defende uma compreensão ampliada (e funcional). Tal como parte da doutrina brasileira, também no cenário europeu encontram-se variações no debate.

Por todos, preciosa é a lição de VITAL MOREIRA, que, depois de formular um conceito operacional de regulação económica (“o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade económica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objectivos públicos”²⁶³), descreve três concepções de regulação e defende a escolha majoritária da doutrina:

“Desde logo quanto à amplitude do conceito, aparecem-nos três concepções de regulação (Jarass, 1987 : 77): (a) em sentido amplo, é toda a forma de intervenção do Estado na economia, independentemente de seus instrumentos e fins; (b) num sentido menos abrangente, é a intervenção estadual na economia por outras formas que não a participação directa na actividade económica, equivalendo, portanto, ao condicionamento, coordenação e disciplina da actividade económica privada; (c) num sentido restrito, é somente o condicionamento *normativo* da actividade económica privada (por via de lei ou outro instrumento normativo).

²⁶¹ *Direito da economia*, cit., p. 395/396.

²⁶² *Direito económico*, cit., p. 191. E a seguir: “O conceito de regulação aqui adoptado é, portanto, menos amplo do que o de intervenção pública na economia, visto que exclui a actividade directa do Estado como produtor de bens ou de serviços.” (ob. e loc. cit.).

²⁶³ *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 34.



“[...] Mas o segundo sentido é de longe o mais seguido pela doutrina, correspondendo aliás ao conceito de intervenção, no seu sentido mais restrito. Na verdade, cumpre por um lado ter em conta a distinção entre a participação do Estado na economia e a orientação ou regulação estadual da economia. Por outro lado, sob o ponto de vista da forma de coordenação ou modo de ‘governança’ da economia, não existe diferença relevante quanto aos instrumentos da acção estadual sobre a economia, sejam eles legislativos, sejam eles administrativos. É certo que, em princípio, toda a acção estadual sobre a economia privada há-de pressupor uma norma prévia (lei, regulamento), mas as medidas de execução concreta dessa norma é que dão espessura ao correspondente regime de regulação.

“Deste modo, o conceito de regulação deve abranger todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não forma normativa. Na regulação haverá assim que distinguir os instrumentos de regulação normativa (lei ou outro instrumento) e as medidas administrativas ou outras de intervenção (concertação convencional, polícia administrativa, subsídios e outros incentivos, medidas de política financeira e monetária, etc.). O essencial do conceito de regulação é o de alterar o comportamento dos agentes económicos (produtores, distribuidores, consumidores), em relação ao que eles teriam se não houvesse a regulação, isto é, se houvesse apenas as regras do mercado.”²⁶⁴

A premissa da concepção mais ampla tem a qualidade de ser inclusiva, correspondendo em termos gerais ao conceito acima proposto de intervenção: toda e qualquer forma de ingresso do Estado no cenário económico (independentemente de seus instrumentos e fins). Porém, trata-se de algo que se refere com maior precisão a outros ordenamentos jurídicos, que não o brasileiro.

A concepção mediana envolve uma perspectiva funcional de resultado: toda e qualquer medida que implique a alteração do comportamento económico dos agentes atuantes no mercado (independentemente de sua forma e de quem a implementa). A concepção restrita corresponde ao conceito ora proposto de regulação: a disciplina do comportamento dos agentes económicos

²⁶⁴ *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 35 e 36. Também contrário ao entendimento acerca da natureza de normas de ordem pública referente ao Direito Económico é o pensamento de EROS ROBERTO GRAU, que, com alicerce no pensamento de FARJAT, defende a seguinte distinção: “*ordem pública económica* é o conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações económicas; opõem-se à *ordem pública económica* tanto a *ordem privada económica* quanto a *ordem mista*, que constitui a economia concertada...” (*A ordem económica na Constituição de 1988*, cit., p. 50). A ordem económica não abrangeria apenas as medidas de “intervenção por direcção” (uma “noção de exceção” proibitiva, típica da ideologia liberal).

através da imposição normativa de seu comportamento nos respectivos mercados (implementada pelo Estado ou quem lhe faça as vezes).

Não há dúvidas de que à corrente adotada pode ser imputado um formalismo exacerbado, chegando às raias de um normativismo (que tem estado ultimamente um pouco *démodé*). Mas se trata de um conceito sustentável, restritivo de uma ideia que, se ampliada, implicaria uma outorga de exacerbadas qualidades ao próprio mercado e seus agentes. Isso agravado pelo perfil intervencionista do ambiente jurídico e político-econômico brasileiro (o que gera maiores reações por parte dos operadores privados). Sustenta-se pois que o conceito de regulação não pode envolver nenhuma solução extrajurídica ou abrangida pela livre disponibilidade dos direitos dos agentes econômicos.

O que permite avançar para um conceito de regulação pública da economia.

8. O DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO E A REGULAÇÃO PÚBLICA DA ECONOMIA EM SENTIDO ESTRITO

Desde a implementação da EC nº 5/95 (e em especial depois das nº 8/95 e nº 9/95 – que tratam também dos “órgãos reguladores” do setor de telecomunicações e petróleo), o País vem passando por uma “febre regulatória”. Tornou-se moda instituir agências reguladoras independentes em todas as pessoas políticas da federação (muitas das quais nem agências nem reguladoras e muito menos independentes o são) e, em decorrência, instalar a cultura da regulação econômica como a forma primaz de interação do Estado com a economia.

Porém, e como é sabido, nem sempre foi assim. Aliás, até a década de 1980 vivia-se o extremo oposto do que hoje se presencia. Fenômeno esse que teve o seu auge no período do “milagre econômico” da década de 1970 – que aumentou significativamente o tamanho do Estado, a sua ação econômico-empresarial e a crise fiscal brasileira. O que igualmente contribuiu para a reação desestatizadora e a intensificação do panorama regulatório. Assim, a busca de um motivo para essa reação regulatória passa por um breve exame do passado recente do País.

8.1 A intervenção na economia brasileira, o agigantamento do Estado e sua redução

Tradicionalmente, até a década de 1990 o Estado brasileiro optou pela alternativa intervencionista em sentido estrito – desde as suas formas mais brandas até as mais radicais. Se poder-se-ia cogitar que, num primeiro momento, tal se deu numa perspectiva de inibir as falhas ou atenuar os déficits estruturais do mercado, a verdade é que resultou num agigantamento das relações entre



Estado e economia e numa concentração de poder público sobre a atividade econômica privada.

Inicialmente, havia uma ação interventiva pontual e pouco adequada a uma concepção estrutural de longo prazo. Depois, o primeiro auge técnico se deu no “Plano de Metas” do governo JUSCELINO KUBITSCHKE, cuja centralização econômica partiu de uma visão planejadora de longo prazo.²⁶⁵

Porém, o Brasil também viveu intervenções caricatas – que demonstravam a inexistência de diretrizes fixas ao longo do tempo. Por exemplo, no governo JÂNIO QUADROS, ao lado da abertura externa e do sucesso nas negociações com credores estrangeiros, havia a proibição às corridas de cavalo nos dias úteis e a criminalização das brigas de galo. E, no governo GOULART, “em 1963, a concessão pela Caixa Econômica Federal de financiamento para aquisição de um simples apartamento residencial passou a depender de expressa autorização do presidente da República!”²⁶⁶

Porém, e à parte os exemplos pontuais das décadas anteriores, o período que mais acentuou e estabilizou essa característica da notável intensificação das relações entre Estado e economia e a hipertrofia do Poder Executivo federal na qualidade de empresário foi a década de 1970 – que, já ao seu início, teve extremo destaque a participação estatal, como leciona WERNER BAER:

“Um aspecto do crescimento econômico brasileiro que apenas começava a ser notado foi o grande e crescente envolvimento do Estado na economia. Os gastos do governo (em todos os seus níveis) em comparação ao PIB aumentaram de 17,1% em 1947 para 22,5% em 1973. As empresas do governo dominavam no aço, mineração e produtos petroquímicos e controlavam mais de 80% da capacidade geradora de

²⁶⁵ A doutrina é unânime em afirmar que os planos configuram a forma mais elaborada da intervenção do Estado na Ordem Econômica: VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 148/152, EROS ROBERTO GRAU, *Planejamento econômico e regra jurídica*, cit., p. 12 ss., e LUIZ FERNANDO COELHO, “A experiência brasileira em termos de planejamento”, *RDP* 18/165. São Paulo: RT, out./dez. 1971, p. 175. Acerca do conceito de Direito Econômico do Planejamento, indispensável é a consulta ao ensaio de WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA, “Direito econômico do planejamento” (in *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 171/248). Fortemente contrários ao planejamento estatal são HAYEK (*The road to serfdom*, cit., especialmente p. 37/96) e FRIEDMAN (*Capitalism and freedom*, cit., em especial p. 7/21 e 196/202). Sobre os planos do governo KUBITSCHKE, consulte-se a obra de CELSO LAFER, *JK e o programa de metas (1956-61)*, cit.

²⁶⁶ MARIO HENRIQUE SIMONSEN, *30 anos de indexação*, cit., p. 20. Isso derivado da combinação entre a restrição de créditos e a centralização do governo federal.

energia e a maioria dos serviços públicos. Calcula-se que em 1974, entre as cem maiores empresas (em valor de ativos), 74% dos ativos combinados pertenciam a empresas estatais, enquanto nas 5.113 maiores empresas, 37% dos ativos pertenciam a estatais. Da mesma forma, os bancos estatais representavam um papel predominante no sistema financeiro. Dos 50 maiores bancos (em termos de depósitos), os estatais eram responsáveis por cerca de 56% do total de depósitos em 1974 e por cerca de 65% dos empréstimos feitos ao setor privado.”²⁶⁷

Tudo isso se desenvolvendo à larga nos Estados e Municípios, mas com principal incidência no governo federal – que intensificou a ação de comando da economia nacional. A constatação de FÁBIO NUSDEO acerca da concentração de poderes no Executivo federal confirma a tese:

“A centralização do poder no Executivo pode ser bem quantificada pelo número de decretos-leis editados durante o período de 20 anos e pelo processo de estatização da Economia, sem qualquer controle pela sociedade civil, corolário lógico da obsessão pelo Brasil-potência. De 1965 a 1968 nada menos do que 2.280 decretos-leis – quase 150 por mês – contribuíram para o clima de dirigismo econômico e para a derrocada da majestade da lei, minando a sua credibilidade.”²⁶⁸

Desta forma, o período de 1967-1973 “caracterizou-se como o de maior intensidade de criação de novas empresas públicas no Brasil” [...] “foram criadas, entre 1968 e 1974, 231 novas empresas públicas (sendo 175 na área de serviços, 42 na indústria de transformação, 12 em mineração e 2 na agricultura)”, cujos motivos básicos são assim apresentados por LUIZ ARANHA CORRÊA DO LAGO:

1. o Decreto-lei nº 200/1967 gerou a oportunidade para a criação de subsidiárias de estatais preexistentes (maior desempenho administrativo, maior autonomia e maiores recompensas materiais);
2. a criação de *holdings* setoriais, derivado do crescimento na escala e da extensão nacional dos monopólios estatais (eletricidade, telecomunicações etc.);
3. a eficiente administração no período pretérito, que gerara excedentes e uma “expansão natural” das empresas;

²⁶⁷ *A economia brasileira*, cit., p. 98.

²⁶⁸ “A Ordem Econômica constitucional no Brasil”, cit., p. 13.



4. a ideologia imanente à idéia de crescimento em setores onde a iniciativa privada não tinha condições de promover o desenvolvimento (ou não queria fazê-lo).²⁶⁹

Assim, desde os anos 1970 o Estado passou a representar uma fatia significativa da economia nacional: em 1973, os trabalhadores das três esferas políticas e respectivas estatais representavam 8,5% da população economicamente ativa e 19,4% do emprego assalariado urbano. Além disso, “as administrações públicas e as empresas estatais respondiam por cerca da metade dos investimentos totais no início dos anos 70, bem como por mais de um terço da demanda de bens de capital.”²⁷⁰

Na leitura de CAIO TÁCITO,

“[essa] ordem de grandeza das empresas estatais poderá ser avaliada pela sua posição dominante entre as sociedades anônimas brasileiras: em estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas, em 1970, entre as 20 maiores indústrias brasileiras, 10 eram empresas estatais. Também é notória a preferência dos investidores, no mercado de capitais, pelas ações de empresas estatais, que lideram as cotações nacionais.”²⁷¹

O intervencionismo estatal também se dava através da política monetária, creditícia e fiscal; além dos empréstimos ao setor privado (aproximadamente 50% em 1972-73), subsídios (setores exportador e agrícola) e regulação das relações de trabalho. Apesar disso, não se pode afirmar que houve propriamente “um agravamento do ‘grau de estatização do país’ e sim um forte centralismo na condução da economia.”²⁷² Quase toda a economia nacional passou a ser adicta do Estado (direta ou indiretamente).

²⁶⁹ “A retomada do crescimento e as distorções do ‘milagre’: 1967-1973”, in MARCELO DE PAIVA ABREU (org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana (1889 – 1989)*. 16ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1990, p. 268/269.

²⁷⁰ LUIZ ARANHA CORRÊA DO LAGO, “A retomada do crescimento e as distorções do ‘milagre’: 1967-1973”, cit., p. 270.

²⁷¹ *Direito Administrativo*, cit., p. 194.

²⁷² LUIZ ARANHA CORRÊA DO LAGO, “A retomada do crescimento e as distorções do ‘milagre’: 1967-1973”, cit., p. 271. No mesmo sentido, AVELÂS NUNES, ao destacar o “peso significativo do sector público na economia brasileira” como forma de se refutar a estagflação (*Crescimento econômico e distribuição do rendimento*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986, p. 71/78 – sublinhando, contudo, o fenômeno da “redistribuição da miséria” versus “redistribuição do rendimento”).

Esse processo foi consolidado na década de 1980, com o agravamento resultante da inflação desenfreada concomitante à sequência de “planos econômicos” – todos eles de curtíssimo prazo e resultados que agrediam a economia nacional.

O Estado intervinha na economia de maneira pontual e fragmentada, sem a firmeza necessária à estabilização econômica a longo prazo. Os planos eram impostos à população, os resultados colhidos na próxima eleição, e um novo “plano” era editado. Desde o “Plano Cruzado”, o que havia era uma “cruzada salvacionista” que posteriormente revelava-se “o maior estelionato eleitoral da nossa história”, como aponta MIGUEL REALE.²⁷³

A situação começou a se alterar com o Plano Real. Esse programa econômico, que não adotou nenhuma postura agressiva em relação ao mercado nem à propriedade privada, vem estabilizando a economia brasileira desde 1994. A partir de então, o Estado foi se afastando da atividade interventiva em sentido estrito (sem, contudo, a abandonar por completo) e desenvolvendo atividades de proporções correlatas na esfera da intervenção regulatória.

Assim, e para BRESSER PEREIRA, o Plano Real representou uma série de reformas que implicaram uma “redefinição do Estado brasileiro”, pois a estabilização econômica foi acompanhada e complementada,

“por um conjunto de reformas econômicas – ajuste fiscal, liberalização comercial, reestruturação das empresas privadas, privatização das empresas estatais, reforma da administração pública – que estão mudando a face do Brasil.”²⁷⁴

Especificamente no que diz respeito às empresas estatais, a partir de 1994 foi realizada uma intensa atividade de privatização. Porém, o processo foi acelerado nos Governos FERNANDO HENRIQUE CARDOSO – em especial devido às Emendas Constitucionais que acabaram com os monopólios públicos das telecomunicações, distribuição de gás encanado e setor petrolífero (além das

²⁷³ *De Tancredo a Collor*. São Paulo: Siciliano, 1992, p. 51.

²⁷⁴ *Economia brasileira: uma introdução crítica*, cit., p. 15.

distinções entre empresas de capital nacional e estrangeiro), unidas à nova legislação infraconstitucional (sobremaneira a Lei de Concessões – Lei nº 8.987/1995).

Em suma, entre outubro de 1991 e janeiro de 2000, foram captados U\$ 69 bilhões, através da venda de 117 empresas estatais e “foram transferidos U\$ 16,5 bilhões em dívidas para o setor privado”.²⁷⁵

A partir de 1995, o Estado brasileiro deixou de dispor do mesmo aparato empresarial interventivo que havia construído a partir de meados do século XX. Boa parte das empresas de propriedade estatal foi transferida à iniciativa privada e, além disso, foram criados novos serviços e modalidades contratuais de concessão de serviços públicos (a concessão de rodovias é um bom exemplo). Apesar de ainda deter significativa parcela da intervenção ativa na economia, o Estado brasileiro transferiu à iniciativa privada a exploração de muitas das atividades econômicas outrora por ele detidas em regime de monopólio (ferrovias, telefonia, energia elétrica etc.).

Isso à parte de setores em que, ao lado da privatização, deu-se a liberalização e a abertura dos mercados à concorrência – multiplicando-se a exploração de um mesmo espaço econômico. O exemplo mais marcante é o da telefonia: de monopólio público federal passou a ser um setor econômico extremamente ativo, com várias empresas privadas concorrendo nos segmentos a ele internos (telefonia fixa; chamadas à longa distância, telefonia móvel etc.).

Mas note-se que tal mudança de controle societário operada pelas privatizações foi acompanhado de uma tentativa (ao menos parcial) de uma manutenção do controle econômico (vislumbrado num sentido mais amplo).

²⁷⁵ Cf. WERNER BAER, *A economia brasileira*, cit., p. 309. Porém, o mesmo autor denuncia que as privatizações prestaram-se a concentrar ainda mais a renda nacional e os investimentos de grandes multinacionais no Brasil – nem os investimentos nem os ganhos de investimentos foram repassados às classes menos privilegiadas. “As evidências existentes indicam que o programa de privatização da década de 1990, cujos méritos em termos de eficiência econômica são inegáveis, pouco contribuíram para mudar esse padrão de distribuição [desigualdade na distribuição de renda e riqueza, desde os tempos coloniais], podendo mesmo tê-la agravado.” (Ob. cit., p. 314/315).

Na mesma medida em que vendeu a sua participação no controle societário interno das empresas estatais, o Estado estabeleceu os “marcos regulatórios” dos respectivos setores econômicos (prévia, simultânea ou sucessivamente às privatizações). O Estado transferia a propriedade das ações e o controle da empresa e instalava limites externos ao exercício do direito derivado da compra (a exploração comercial da atividade econômica) – ao mesmo tempo em que assegurava estabilidade contratual aos investidores.

Ao invés de atuar ter como forma interventiva primordial o exercício direto da atividade econômica, o Estado retira-se de parte do cenário empresarial e passa a exercer a intervenção regulatória administrativa das atividades econômicas. Seu papel não mais é o de proprietário-interventor (ou endoregulador do respectivo setor econômico), sendo agora um regulador externo ao mercado (ou heteroregulador).²⁷⁶ Houve uma migração dentre as espécies interventivas, de intervenção em sentido estrito para intervenção regulatória.

Portanto, o Estado brasileiro não se afastou da economia, mas apenas alterou a espécie de intervenção exercitada. Regulação essa que se dá primordialmente através do Direito Administrativo da Economia.

8.2 A intervenção regulatória e o regime de Direito Administrativo

No Brasil, a intervenção do Estado na economia é regida basicamente pelo Direito Administrativo (com lastro no Direito Constitucional).

As normas do gênero intervenção econômica têm essa natureza jurídica: são dispositivos emanados sob o regime de Direito Público, vinculados ao exercício da função administrativa. Tanto a intervenção em sentido estrito como a

²⁷⁶ Os conceitos de endo, hetero e auto-regulação, são expostos por VITAL MOREIRA (*Auto-regulação profissional e Administração Pública*, cit., p. 39 ss.), mas envolvem a concepção da intervenção em sentido estrito como espécie do gênero regulação. Mantém-se a classificação acima proposta (intervenção, gênero; regulação e intervenção em sentido estrito, espécies), utilizando-se a classificação neste ponto específico com fins meramente didáticos.

intervenção regulatória envolvem o exercício de dever-poder outorgado em lei à Administração.

O presente trabalho abdicará de uma concepção mista ou privatista de facetas da regulação econômica. Isso com base no entendimento de que a disponibilização e a auto-definição privada do comportamento dos agentes econômicos através de puros atos de coordenação (apesar de reconhecidos pelo Direito) representa antes uma forma de exercício de poder de mercado, um *modus operandi* do poder econômico privado, do que regulação econômica cogente propriamente dita. Qualificar tais atos de coordenação de interesses privados como regulação acentuaria por demais a carga teleológica do conceito, mas abrandaria a sua essência e mesmo o teor de sua natureza jurídica.

Mas a intervenção regulatória não se exaure no momento de positivação das normas. Regular a economia não significa só o estabelecimento de regras cujo conteúdo ou objeto tenham efeitos econômicos, fixando um conjunto de prescrições que determinem o comportamento (próprio e alheio), mas também (e especialmente) o controle e a fiscalização do cumprimento dessas regras e a sanção à sua violação (ou ao seu cumprimento, no caso das sanções premiais).

Num primeiro momento, a intervenção é operacionalizada *in concreto* pela Administração Pública. Esse é o seu cenário usual, envolvendo uma gama de atividades vinculadas a parcela específica do exercício da *função administrativa*. Excepcionalmente o é pelo Judiciário (em casos concretos ou no controle abstrato) e Legislativo (produção de normas e eventual controle parlamentar).²⁷⁷ Tanto a intervenção em sentido estrito como a regulação econômica submetem-se ao Estado-Administração. Em essência, isso significa que as relações jurídicas de intervenção da atividade econômica configuram exercício de função administrativa através de órgãos próprios, sob o regime jurídico de Direito Administrativo.

²⁷⁷ Isso à parte dos Tribunais de Contas. A Constituição estabelece que o “controle externo [das contas da Administração direta e indireta e de todos os responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos], a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União” (art. 71).

Mais do que isso: frente ao Ordenamento Jurídico brasileiro, a outorga de competência para o exercício da intervenção na economia tem a natureza jurídica de um Direito Público (ainda que porventura exercida por particulares, como no caso das concessões de serviços públicos).

Tentando conferir maior especialidade à noção, tais característicos se reproduzem no conceito de regulação econômica. Aqui a preocupação reside no estabelecimento de normas de conduta (não só gerais e abstratas), de molde a induzir ou obrigar os agentes econômicos privados a adotar determinados comportamentos. Trata-se da disciplina normativa da atividade econômica. Essa regulação pode se dar de forma direta (regras para o ingresso e exercício de determinadas atividades como, p. ex., a bancária e mercado de capitais) ou indireta (regras que estimulem a adoção de determinados comportamentos especialmente através de sanções premiais, como o fomento). Também esse campo é regido primordialmente pelo Direito Público (Administrativo).

Porém, mesmo nesse plano regulatório puro a efetivação da atividade dá-se através do Estado-Administração (ou de quem lhe faça as vezes). São as entidades e órgãos administrativos que disciplinam e se relacionam com a atividade econômica. É a Administração Pública que dá existência e concretude à intervenção do Estado na economia (em seus sentidos amplo e restrito). A conclusão é a de que a grande concentração das atividades regulatórias reside na Administração Pública. Note-se que a constatação não é exclusiva do regime jurídico brasileiro, como se infere da escrita de VITAL MOREIRA:

“A actividade reguladora do Estado, no seu sentido mais amplo, efectua-se por intermédio do legislador e da administração (e também através dos tribunais, na punição das infracções às regras estabelecidas). Se bem que as leis possam ser operativas por si mesmas – sobretudo as ‘leis-medida’ -, a regulação económica do Estado tem lugar primordialmente por intermédio da administração. E isto tanto na dimensão regulamentadora, como na dimensão ‘executiva’ concreta e ainda na dimensão sancionadora (sanções administrativas). Por isso, se é certo que no Estado-de-direito não existe acção administrativa à margem da lei, é todavia sobre a Administração que impende o grosso da intervenção e da regulação económica do Estado.”²⁷⁸

²⁷⁸ *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 194.

Com isso não se quer dizer que toda a atividade econômica seja regida só e tão-somente pelo Direito Administrativo, através de atos e fatos da Administração. Não se quer sustentar uma tipicidade fechada para as atividades econômicas. Convém separar os planos: a atividade econômica das pessoas privadas tem o seu exercício garantido pela liberdade de iniciativa, liberdade de empresa e liberdade de profissão, que em seu interior se regem basicamente pelo Direito Privado.

As exceções ou restrições a tais liberdades são as vedações legais positivas (p. ex., a exploração de energia nuclear – Constituição, arts. 20, IX, 21, XXIII, 49, XIV e 177, V) ou os requisitos para o ingresso em determinados setores (diploma universitário e registro em entidade profissional para o exercício de certas profissões como, p. ex., médicos e advogados; requisitos normativos para determinadas atividades, como o seguro e a educação). Porém, todas essas exceções são oriundas de normas de Direito Público, que limitam o exercício da liberdade de profissão e de iniciativa, estabelecendo relações de subordinação entre o Estado (ou quem lhe faça as vezes) e as pessoas privadas.

Por outro lado, pouca relevância tem a natureza do sujeito que exercita a liberdade de iniciativa, se pessoas privadas ou Administração (Constituição, art. 173, §§ e respectivos incisos). Todos se submetem ao mesmo regime jurídico: aquele “próprio das empresas privadas” (Constituição, art. 173, § 1º, inc. II). A atividade econômica privada é equânime entre todos os agentes nos respectivos setores, submetendo-os a uma regulação equivalente e isonômica.

Os particulares têm assegurado o direito de escolher e desenvolver a profissão que melhor lhes aprouver e a liberdade de criar uma empresa e ingressar no mercado de forma competitiva (inclusive se auto-disciplinando de forma legítima). Têm a possibilidade de, mediante atos de disposição de vontade, coordenar os seus interesses econômicos em forma de auto-regulamentação. Mais do que isso: podem estabelecer regras costumeiras e(ou) morais, que disciplinem o seu comportamento em determinado mercado. É viável a adoção de *gentlemen agreements*, desde que voluntária e conveniente aos interesses dos integrantes. Porém, isso nada diz respeito à regulação econômica em sentido estrito. Não é o



fato de serem gerados efeitos econômicos através de regras coletivas que gera essa classificação.

A regulação da economia desdobra-se em outro plano: a fixação da forma jurídica do exercício do poder econômico de terceiros (pessoas públicas ou privadas) é regida e controlada pela Administração Pública, segundo competências preestabelecidas em normas de Direito Público (Administrativo). Não existe regulação econômica anódina ou neutra, ainda mais porque envolve a disciplina do poder econômico, cujos limites são aqueles estabelecidos pela disposição do agente unida às características do mercado.

8.3 Intervenção regulatória *versus* “*soft law*” e “economia concertada”

A fixação compulsória do comportamento econômico alheio, seja qual for o modo de sua implementação, tem a natureza jurídica de norma de Direito Público (Administrativo). Caso contrário, ou não será compulsória ou não será do comportamento alheio: *tertium non datur*. Assim, nem a chamada “*soft law*” nem a “economia concertada” envolvem regulação da economia em sentido estrito. A seguir, e por mera ilustração, serão examinados tais conceitos com a necessária brevidade.

A *soft law* é um jargão típico do Direito Internacional, transferida ao Direito Administrativo da Economia por indução (a generalização dos dados particulares do Direito Internacional produzindo a sua ampliação teórica). Tem também larga aplicação no Direito Ambiental e Direitos Humanos. Significa um conjunto de princípios gerais usualmente aceitos como normas de conduta e também as declarações desses princípios (sem a definição das respectivas obrigações).²⁷⁹

²⁷⁹ BRYAN A. GARNER, *A dictionary of modern legal usage*. 2ª ed. New York: Oxford University Press, 1995, p. 815.

Exemplos de *soft law* internacional são as “recomendações” e os “pareceres” previstos no art. 249 do Tratado da Comunidade Europeia, que não têm caráter vinculante e representam antes sugestões e esclarecimentos. Claro que, de usual, os Estados-membros se esforçam por implementar as soluções previstas nas recomendações e pareceres (que apenas serão exigíveis caso implementadas através de futuros regulamentos ou diretivas).

O paralelo no Direito Administrativo da Economia estaria externado através de recomendações e incentivos à conduta das pessoas privadas, de molde a atingir consensualmente os objetivos da regulação. Haveria uma substituição do paradigma tradicional do *comando e controle* para um esquema regulatório mais flexível (*soft law, soft regulation*). A rigor, no campo da *soft law* não há obrigação de resultado nem obrigação de comportamento. Não há imperatividade nem sanções. São hipóteses gerais de sugestão de condutas aceitas de forma pacífica como válidas, mas não inseridas numa estrutura normativa típica (hipótese, mandamento, sanção).

A *soft regulation* não implica de forma imediata a alteração do comportamento dos agentes. Apenas a estimula e apresenta novas alternativas de configuração do lucro. Especialmente no campo econômico, tais sugestões têm aplicação se aceitas *sponte propria* pelos agentes econômicos. Logo, seria um exagero pretender subsumi-las ao conceito de regulação da economia em sentido estrito.

Assimilar os conceitos implicaria conceder também ao mercado e à concorrência a titularidade da regulação da economia (num mesmo patamar que aquela detida pelo Estado), o que significa uma equiparação e conseqüente confusão de planos (a não ser numa perspectiva liberal pura). Isso devido primordialmente a uma constatação óbvia: todos os agentes econômicos comportam-se seguindo os seus interesses pessoais egoísticos. Caso descumpram uma regra (mesmo as jurídicas, como às vezes ocorre), o fazem porque decidem arcar com os respectivos custos. Ou seja: se a *soft regulation* é cumprida, assim se dá porque ela se adapta às decisões empresariais primárias das pessoas privadas

(e não vice-versa). O núcleo volitivo é aquele espontâneo dos agentes, fazendo com que a premissa maior seja a opção econômica deles próprios.

Assim, o conceito de regulação econômica proposto dirige-se a definir com clareza a hipótese, o mandamento e a sanção: são previsões cogentes que independem de atos dispositivos de vontade, mas definem e disciplinam peremptoriamente o comportamento dos agentes econômicos. Pouco importa se a sanção for repressiva ou premial, inserida que está numa estrutura normativa ortodoxa. Seria uma transposição alegórica de conceitos (do mercado para o Direito) a transferência dessas características regulatórias à *soft law*. Talvez no ambiente comunitário europeu seja possível cogitar disso (devido à influência hierárquica do Tratado da CE), mas não no universo jurídico brasileiro.

O conceito de “economia concertada” envolve acordos consensuais (ou preceitos costumeiros), sem uma estrutura normativa típica das normas jurídicas (ausentes que são o mandamento e a sanção) e sem a possibilidade de imposição de soluções que não contem com a espontânea aceitação do agente. São atos de coordenação e disposição de vontade, nos limites privados dessa disponibilidade. A regulação concertada ou contratual significa uma concordância entre aqueles que se auto-regulam – podendo envolver os acordos entre os próprios agentes ou as decisões de associações de empresas.

Ora, se o agente econômico aceita *sponte propria* a integração a um grupo e uma alteração de seu comportamento sugerida por seus pares, está a praticar um ato equivalente ao anterior. E assim o faz visando a prestigiar as suas diretrizes empresariais.

Não se trata de uma regulação exógena (regras impostas por terceiro), mas de regulação endógena privada (regras previstas pelos próprios agentes em atos de disposição de vontade). Quando muito, o que pode resultar do seu descumprimento é uma repercussão sócio-empresarial negativa – cujos custos certamente o agente levará em conta quando da avaliação de sua conduta (assim como o fez quando se integrou ao grupo). Portanto, não se trata do estabelecimento de regras (repressivas ou premiaias), mas da adoção de escolhas

exercitadas dentro dos limites do possível no mundo do ser. Envolve o exercício de poder econômico por parte dos agentes envolvidos (de usual, o fundador é o detentor de maior parcela desse poder) e a submissão espontânea às regras e benefícios oriundos da existência do grupo.

Note-se que não se está a descartar os efeitos econômicos derivados de tais fatos. Não podem ser desprezadas as consequências econômicas da *soft regulation* e da economia concertada. Tais paradigmas podem até produzir resultados econômicos ainda mais significativos do que a própria intervenção direta por parte do Estado. Apenas se está a defender a qualificação jurídica de tais máximas comportamentais econômicas.

Por outro lado, tanto a *soft law* como os *gentlemen agreements* afastam-se da regulação promocional. Além de não conter a mesma estrutura pós-eclosão dos efeitos do ato administrativo favorável, a estabilidade de ambas as formas consensuais de adoção de comportamentos econômicos depende precipuamente da vontade dos agentes e de suas possibilidades econômicas.

Torna-se claro que o presente texto adota um conceito restrito de regulação da economia, oriundo de normas de ordem pública. Não compartilha uma noção mais abrangente, nem tampouco um conceito puramente funcional, que pudesse albergar todas as formas de disciplina ou estímulo à definição do comportamento dos agentes econômicos (sejam elas públicas ou privadas). Essa ideia tornaria por demais difusa a noção de atividade regulatória, contemplando variações cotidianas e espontâneas dos agentes, ao privilegiar o resultado (ou o objetivo). A essência do conceito de regulação econômica poderia vir a residir no poder econômico dos agentes. O que frustraria a elaboração do conceito – não seria regulação, mas singelo exercício de poder econômico.

Ora, se regular é *definir* o comportamento dos agentes nos respectivos mercados e se os agentes econômicos *sempre* se comportam de molde a atingir os seus interesses egoísticos particulares e obter os melhores resultados lucrativos, seria por demais ampliativo reputar que a adoção espontânea num ambiente de coordenação de interesses (seja ela sugerida ou

induzida) representaria atividade regulatória. Pode ter consequências comportamentais nos demais agentes, mas não a ponto de as qualificar como regulação econômica em sentido estrito. Caso assim não fosse, o conceito implicaria um prestígio inexistente de fato (e de direito) a determinadas previsões que, quando muito, seriam consuetudinárias. Outorgar-se-ia um conceito superior que qualificaria juridicamente de forma extraordinária (e não-jurídica) a atividade das pessoas privadas.

Há três maneiras de os agentes econômicos alterarem o seu comportamento e os seus objetivos empresariais: (i) *sponte propria*, derivado do poder econômico por eles próprios detido; (ii) derivado do exercício do *poder econômico* detido por outrem (no que se insere a intervenção estatal em sentido estrito) ou (iii) caso o Estado positive normas de conduta em preceitos de ordem pública. A única forma de intervenção regulatória que faz com que os agentes econômicos adotem outras condutas empresariais reside na disciplina de Direito Público de sua atividade.

Mesmo no caso do fomento, em que num primeiro momento há a indução e o estímulo, quando instalado o que se dá é a vinculação jurídica de determinadas diretrizes empresariais de forma cogente (número de trabalhadores, espaço físico, níveis de produtividade, produtos a ser produzidos etc.). Apenas através de normas impositivas que estabeleçam limitem à disposição de vontades individuais se regula a economia. Caso contrário, haverá livre manifestação dos agentes, visando aos seus objetivos econômicos primários (o que não configura regulação).

O conceito proposto pode ser confirmado pela leitura do texto constitucional.

8.4 A Constituição Federal e a regulação pública da economia

A compreensão do art. 170, par. ún., da Constituição, aclara o tema. Depois de enumerar os princípios gerais da atividade econômica (dentre eles a *livre iniciativa* e a *livre concorrência*), em seu parágrafo único a norma constitucional dispõe que: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

Isto é, o “livre exercício” é regido pelo Direito Privado (tudo o que não é proibido em lei é permitido) até o momento em que se dá a positivação de um dos “casos previstos em lei”. A regra é a da mais plena liberdade de iniciativa e concorrência a todos os agentes econômicos, enquanto que a exceção reside nos “casos previstos em lei” (em que se dá a regulação pública da economia). Ao lado disso, a Carta autoriza (senão determina) a intervenção econômica em determinadas hipóteses.²⁸⁰

A positivação legal dos casos em que a atividade econômica não se submete apenas à livre iniciativa e concorrência exclui a possibilidade de sua instalação e exercício autônomos pelos particulares. Essa disciplina da atividade econômica deve ser tida por extraordinária, oriunda que é de uma exceção constitucional (“salvo nos casos”). Logo, o diploma normativo que disciplinar as hipóteses de regulação da atividade econômica tem a natureza de uma norma de Direito Público (de caráter Administrativo) – implica uma disposição limitadora de uma liberdade assegurada constitucionalmente.

Ora, não seria viável que a exceção constitucional consubstanciada nas limitações ao livre exercício de qualquer atividade econômica tivesse a natureza de norma jurídica de Direito Privado. Isso significaria disponibilidade de interesses: a exceção à regra constitucional poderia ser disciplinada por livre acordo e disposição de vontades.

²⁸⁰ “(...) a nossa Constituição de 1988 é uma *Constituição dirigente*, isso é inquestionável.” (EROS GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 153).



Claro que as pessoas privadas podem dispor e regular a *sua* liberdade; mas não a liberdade *dos outros*. Quem dispõe acerca dos limites à liberdade alheia é o Direito Público. O que se reflete no conceito de *poder econômico*.

A constatação é reforçada pela leitura do art. 174, cujo *caput* tem o seguinte teor: “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.” Uma divisão coerente do texto constitucional facilitará a sua compreensão.

Em primeiro lugar, a norma disciplina a atividade do Estado *enquanto* “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Isso não significa que o Estado não possa intervir diretamente na economia, de forma mais ampla (o que vem previsto no art. 173, que trata da “exploração direta da atividade econômica pelo Estado” e no art. 175, que trata da prestação de serviços públicos). Deixe-se clara a premissa: o art. 174 envolve a disciplina da economia *na condição de, sob a circunstância de* agente normativo e regulador.

Depois, e por mais óbvio que seja o conceito, “agente” é aquele que age: quem exerce determinada função seja através de normas em sentido restrito (Poder Legislativo), seja através da regulação em sentido estrito. Isso porque a Constituição divide os planos: um é aquele normativo, outro o regulador (“normativo e regulador”). Ao Estado não cumpre apenas a positivação de preceitos gerais e abstratos, mas a sua implementação fática e o seu controle fiscalizatório.

Porém, ambas as atuações são próprias do Estado: num ambiente constitucional de liberdade de iniciativa e de livre concorrência, é atribuída ao Estado (e a mais ninguém) a condição de titular da competência normativa e regulatória da economia.

A condição de agente normativo e regulador da economia dá-se através do exercício de três funções: “fiscalização, incentivo e planejamento”.

Dentre estas, apenas o planejamento é “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Mesmo porque não faria sentido se cogitar de uma “fiscalização indicativa” ou de um “incentivo determinante”. A estrutura lógica das normas (e o seu caráter teleológico) apenas implica o esclarecimento de como se pode exercitar o planejamento.

Ou seja: uma das funções do Estado brasileiro é normatizar e regular a atividade econômica – privada e pública.

Por fim, o texto reforça a aplicação do princípio da legalidade: o Estado poderá exercitar a intervenção regulatória na forma da lei. Isto é, não poderá haver regulação *praeter* ou *contra legem*. O ponto inicial dos provimentos regulatórios reside numa previsão legal específica, a definir o *standard* normativo que servirá de motivo de direito da atividade regulatória estatal.²⁸¹

Não parece possível a cogitação acerca de uma regulação da economia positivada em princípios e regras típicas de Direito Privado. É antitético ao conceito de regulação a mera disposição econômica de ordem privada (ainda que imposta, p. ex., através de práticas negociais). Mesmo nos casos dos contratos de adesão, em que uma das partes determina unilateralmente o todos das obrigações e prestações alheias, a regulação normativa pré-contratual (ou pós) é de Ordem Pública e cabe à Administração o seu controle (seja através do CADE, da SEADE ou dos PROCONS; seja mediante provocação ou *ex officio*).

A defesa da competência autônoma privada para estabelecer regras dessa natureza gera um choque entre os conceitos fulcrais de ambos os ramos (p. ex., a “relação de coordenação”, típica do Direito Privado, *versus* a “relação de subordinação”, típica do Direito Administrativo e da regulação econômica). Ainda que se possa constatar que pessoas privadas exercem a regulação econômica, não se trata de competência originária do exercício da livre iniciativa e livre empresa.

²⁸¹ O que poderia conduzir à conclusão de que a Carta não abriga um conceito clássico de planejamento econômico, mas uma ideia flexível de um planejamento indicativo (o que poderia consubstanciar uma contradição em termos).

Surgem duas alternativas: ou tal se dá no exercício da função administrativa, enquanto agentes públicos, ou tal regulação é complementar em relação a normas públicas.

Note-se que mesmo os doutrinadores que enfrentam o tema da auto-regulação concluem, como o faz VITAL MOREIRA, que “Enquanto fenómeno jurídico-administrativo, a administração profissional não é mais do que a versão jurídico-pública dos fenómenos de auto-regulação e autodisciplina profissional, muitas vezes espontâneos. É certo que hoje o movimento no sentido da auto-regulação raramente se traduz em funções jurídico-administrativas, ficando-se as mais das vezes incentivadas, e não poucas vezes reconhecidas e fiscalizadas pelos poderes públicos. Em todo o caso, os sistemas regulatórios da economia são, cada vez mais, sistemas mistos, que conjugam em doses diversas elementos de regulação estadual e de auto-regulação publicamente institucionalizada ou reconhecida.”²⁸²

A exceção ao regime de Direito Administrativo residiria nas normas de Direito Penal, que reprimem os ilícitos econômicos mais graves através de sanções repressivas (e são aplicadas pelo Judiciário), ou nas de Direito Tributário, Financeiro e Previdenciário (porém, estes submetidos ao regime do Direito Administrativo e à Administração). Todas as demais normas de Direito Público da economia reportam-se à relação administrativa (direta ou indireta) entre o Estado-Administração e as pessoas privadas, oriunda de comandos legais predeterminados.

Em suma: no Brasil, a atividade econômica (e o poder econômico) estão estreitamente ligados ao Direito Administrativo. Não há poder econômico, público ou privado, que não se relacione ou não se preocupe com o Direito Administrativo. É da essência deste disciplinar o poder exercido pelo Estado-Administração; enquanto que é da essência daquele submeter-se ao Estado-Administração. A Administração regula ativamente a economia. Há uma relação de continuidade, na qual o Direito Administrativo rege competências específicas,

²⁸² *Auto-regulação profissional e administração pública*, cit., p. 389.

criando a possibilidade de ação e exercício do poder econômico em determinados setores econômicos.

8.5 Conclusões parciais

O Brasil, sobre celebrar historicamente um sistema capitalista, habituou-se a positivar em seus textos constitucionais os mais variados preceitos sobre a Ordem Econômica. Apesar das contínuas previsões acerca das liberdades econômicas privadas, a tônica dos textos constitucionais reside na centralização e concentração da intervenção econômica estatal (máxime em sede do governo federal).

Desde a década de 1930, o Estado realizou investimentos (e endividamentos) maciços no setor econômico, sob os mais variados motivos e roupagens. As técnicas vão desde o planejamento até a empresarialização estatal da economia, passando pelas mais variadas intervenções e regulações fragmentadas.

Na realidade econômica brasileira, caracterizada por suas carências estruturais, ausência de um desenvolvimento sustentável e escassez de investimentos privados a longo prazo, unidos ao caráter cartorial (ou paternalista/autoritário) da maioria dos governos, tornou-se significativa a presença do Estado no domínio econômico. O que ampliou sobremaneira a dimensão da disciplina jurídica da intervenção econômica (direta e regulatória). Em decorrência, a configuração e a compreensão do Direito Administrativo da Economia brasileiro merecem uma abordagem toda própria.

9. O DIREITO ADMINISTRATIVO DA ECONOMIA BRASILEIRA, O PRINCÍPIO DA PONDERAÇÃO DE INTERESSES E O PARADIGMA DA INTERVENÇÃO SENSATA

Conforme descrito no tópico anterior, o Estado brasileiro procedeu a ampla privatização de suas empresas – deslocando-se do cenário da intervenção em sentido estrito para o da intervenção regulatória. Ao mesmo tempo, o Estado permaneceu firme no exercício de atividades econômicas cruciais à economia nacional.

O que não significou que o Brasil tenha experimentado um desenvolvimento sustentável e tenha descartado os pontos de estrangulamento da economia. Nada disso: permanecem as falhas estruturais no mercado, ao lado dos eventuais vícios na conduta dos agentes econômicos. O país não atingiu um nível de desenvolvimento adequado (nem privado, nem público) que porventura autorizasse uma concepção puramente regulatória como paradigma de intervenção econômica estatal.

Ocorre que essa migração estatal dentre os modos de intervenção econômica não está estabilizada. Ademais, tanto num caso como noutro existem novos efeitos concretos que necessitam de uma avaliação mais apurada.

Por um lado, e como que num efeito adverso, a retirada do Estado da atividade econômica ativa implicou um aumento desmesurado da proliferação de normas regulatórias. Os setores que dantes eram regidos por alguns poucos diplomas normativos – de usual, leis que no plano federal eram paulatinamente regulamentadas pela Presidência da República – passaram a ser regidos pelas agências reguladoras independentes.

As agências reguladoras brasileiras têm produzido um amplo manancial de normas. Diariamente, são editadas dezenas de regulamentos administrativos, a disciplinar alguns dos mais importantes setores na economia (energia, petróleo, telecomunicações, medicamentos, transportes etc.). O que se

acentua pela velocidade inerente a tais deliberações (o ritmo acelerado na tomada de decisões é uma característica que justifica a própria existência das autoridades independentes).²⁸³

Assiste-se a uma proliferação de normas em alguns dos segmentos mais importantes da economia pública. Normas essas cuja notícia, conhecimento e compreensão é escassa. Mas os cidadãos não se encontram sequer blindados pelo próprio desconhecimento, pois sofrem os efeitos dessa intensa emissão normativa.

Por outro lado, é constante a intervenção direta do Estado na economia. Isso se dá tanto na esfera federal como nas estaduais e municipais.

No governo federal, o que se tem é o exercício constante das mais variadas atividades econômicas. Confira-se algumas das empresas federais: Cobra – Computadores e Sistemas Brasileiros; Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras; Banco do Brasil; Caixa Econômica Federal; Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero; Centrais de Abastecimento do Amazonas S.A.; Cia. de Armazém e Silos do Estado de Minas Gerais; Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; Indústria de Materiais Bélicos do Brasil – IMBEL; Centrais Elétricas do Norte – Eletronorte; Empresa de Tecnologia e Informações da Previdência Social – DATAPREV – são apenas alguns poucos exemplos dentre as várias dezenas de empresas estatais federais descritas no Decreto nº 4.586, de 5 de fevereiro de 2003 (que aprova o “Programa de Dispendios Globais – PDG das empresas estatais federais”).

A situação é ainda mais conservadora nos Estados Membros – a maioria dos quais não procedeu a uma privatização tão intensa como se deu no governo federal. Ao contrário, as empresas estaduais permanecem exercendo significativa parcela da atividade econômica nos respectivos territórios e poucos

²⁸³ Ampliar no nosso estudo “Agências reguladoras independentes, *déficit* democrático e a ‘elaboração processual de normas’”, cit., em que é realizado um levantamento do procedimento e da produção normativa de algumas das agências.

foram os Estados que criaram as respectivas agências reguladoras.²⁸⁴ Em suma, boa parte dos Estados permanece numa situação equivalente à do governo federal antes de 1995.

A constatação exige a elaboração de limites à intervenção regulatória do Estado na economia. Lindes que não se preocupem apenas e tão-somente com o prestígio à livre-concorrência ou que busquem a solução aos excessos interventivos em aspectos meramente formais de aplicação das leis e atos administrativos, mas que primordialmente voltem as suas preocupações aos cidadãos que são afetados por tal atividade interventiva (tanto na intervenção direta como na regulatória).

Essa proposta desdobra-se em dois planos: o primeiro, diz respeito ao enaltecimento do princípio da dignidade da pessoa humana e a ponderação de interesses. No segundo, propõe-se o estabelecimento de um paradigma, a circunscrever a intervenção segundo os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e subsidiariedade.

9.1 O princípio da dignidade da pessoa humana e a ponderação de interesses no Direito Administrativo da Economia

O presente trabalho tratou da intervenção do Estado no domínio econômico, examinando precipuamente a interação do poder público com o poder econômico privado. Apenas muito rapidamente se trouxe à discussão os limites da intervenção derivados de princípios constitucionais sobranceiros relativos à Ordem Econômica, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. Os assuntos serão aprofundados a seguir, quando da tessitura do paradigma da

²⁸⁴ EDSON NUNES apresenta um levantamento de 10 agências federais; 21 agências estaduais e 3 municipais (“Agências reguladoras: gênese, contexto, perspectivas e controle”, cit., p. 214/220). Outros dados podem ser obtidos no sítio da ABAR – Associação Brasileira das Agências Reguladoras (www.abar.org.br).

intervenção sensata. Porém, o contexto atual é oportuno para o início do tratamento do tema.

9.1.1 A intervenção econômica estatal em sistemas capitalistas: exceção?

De usual, a ideia da natureza excepcional da intervenção do Estado tem como fundamento primário o regime capitalista celebrado na Constituição de 1988. Somente se pode cogitar da intervenção em regimes que prestigiem a propriedade privada, os contratos e a livre empresa. Caso contrário, nem sequer teria cabimento o uso do termo: seria impertinente e irrelevante dele cogitar. O conceito de intervenção depende da noção e dimensão que se outorgue normativamente ao sistema capitalista (e sua respectiva positivação na ordem jurídica).

Então, o primeiro limite reside justamente nessa natureza excepcional da atividade interventiva do Estado num sistema que prestigia a livre iniciativa, a liberdade de empresa e a livre concorrência. A garantia outorgada a essas liberdades constituiria um impeditivo à ação estatal.

Porém, não parece que o puro prestígio ao capitalismo seja o único ângulo adequado para o enfrentamento da questão, vez que pode dar margem à adoção dos preceitos liberais num grau acentuado (ou exclusivo). Corre-se o risco de ser exaltada a visão de que a liberdade empresarial situa-se num nível absoluto, a gerar compreensões que atenuem a incidência de outros princípios constitucionais.

Por exemplo, mesmo as equilibradas ponderações de NELSON EIZIRIK podem ser potencializadas e eventualmente conduzir a um prestígio exacerbado à liberdade de mercado. Confira-se, quando o autor doutrina que “a estrutura da ordem [econômica] está centrada na atividade das pessoas e dos grupos e não na atividade do Estado. Tal não significa uma ordem de *laissez faire*, uma vez que a livre iniciativa conjuga-se com a valorização do trabalho humano. [...]

“Do exposto, decorre que a intervenção do Estado no domínio econômico, além de *vinculada*, deve visar, fundamentalmente, a manutenção e a reafirmação do valor *liberdade*, em seu duplo aspecto: de iniciativa; e de participação nos resultados econômicos do trabalho.

“A intervenção estatal na economia, portanto, quando não estiver a serviço do valor *liberdade*, é excepcional, necessariamente decorrente de dispositivos constitucionais expressos, os quais devem ser objeto de interpretação restritiva, descabendo qualquer aplicação dos métodos hermenêuticos analógicos ou que possam importar em ampliação da atuação estatal no domínio econômico.”²⁸⁵

9.1.2 A compreensão axiológica de uma exceção

Ora, é compreensível que a intervenção do Estado na Ordem Econômica seja apreciada *cum grano salis* – pena do risco de uma intensificação, exagerada e indevida, das atividades econômicas estatais e de sua intromissão desproporcional num domínio reservado aos particulares (como já se viveu em inúmeros setores da economia brasileira).

O que significaria uma subversão do sistema celebrado pela Constituição, que não acolhe a intervenção descomedida (trata-se de uma exceção, não de uma regra). Mas é de se atentar para o fato de que a Carta Magna tampouco proíbe a atividade intervencionista estatal ou a reduz ao atendimento e/ou incremento da liberdade e ganhos dos agentes econômicos.

Apesar de o Estado brasileiro ser um estranho ao domínio econômico, a sua relação com a economia não é exclusivamente um acessório da ideia liberal de um mercado perfeito. Antes do que isso, é oriunda de uma concepção diversa: a de que há falhas estruturais e comportamentais no próprio mercado (imperfeito que de fato o é). Defeitos esses que não são sanáveis autonomamente pela livre concorrência – nem a curto, nem a longo prazo –, podendo vir a gerar desequilíbrios socioeconômicos. O que muitas vezes se dá devido ao comportamento dos próprios operadores da economia e também a razões econômicas em sentido estrito (como se infere do exemplo do monopólio).

²⁸⁵ “Monopólio estatal da atividade econômica”, cit., p. 65 e 66.

Constatação que assume contornos mais sérios em países subdesenvolvidos, que não dispõem de níveis de poupança interno para investimentos privados ou nem mesmo de interesse de investimento por parte dos agentes (que optam por investimentos de curto prazo no mercado financeiro), deixando setores essenciais da economia às traças. Em cenários econômicos desoladores, geradores de grave déficit social, não se poderia defender que o Estado abdicasse de sua face intervencionista em favor de expectativas de soluções mercadológicas espontâneas a longo prazo.

A eventual tentativa de um completo afastamento do Estado da economia advinda de interpretações radicais significaria um *agravamento* da *hermenêutica retrospectiva*. Ou uma *hermenêutica retrospectiva per saltum*: tentar-se-ia compreender a atualidade da Constituição com lastro num passado oriundo de outras civilizações. Ler-se-ia o Direito Administrativo Econômico brasileiro do século XXI com fundamento em teorizações europeias oriundas do século XIX e até anteriores a ele (quando nem ao menos se cogitava de um Direito Econômico), posteriormente consolidas (em termos relativos) num outro cenário político-econômico (em grau decrescente: os EUA do final dos anos 1970, a Grã-Bretanha ao início dos anos 1980 e a Europa Continental em meados dos anos 1980).

Isso não significa uma tentativa de compartimentar a História em momentos estanques, desprezando a sua linearidade evolutiva. Nem tampouco expressa uma refutação à influência estrangeira no Direito nacional e muito menos ignora o cenário constitucional brasileiro do século XIX. Mas se deve atentar para o fato de que o enaltecimento da regulação estatal mínima num Estado dito Regulador (ou *apenas* Regulador) traz consigo uma fortíssima carga liberal a conformar a integralidade da ordem jurídica da economia – com todas as premissas e consequências daí decorrentes, inclusive a excluir/atenuar ao máximo a intervenção corretiva (não será demais afirmar que a louvação ao termo “regulação” traduz essa concepção não-interventiva).

Por oportuno, acentue-se que um economista da dimensão de KEYNES considerava a economia de *laissez faire* do século XIX como um “episódio único na



história econômica, derivado de conjunturas especiais que não mais existiam” – um caso especial que não tem antecedentes nem tampouco se reproduziu historicamente.²⁸⁶

O desfraldar das teses de juristas e economistas do porte e linhagem de MAJONE, ARIÑO ORTIZ, HAYEK, FRIEDMAN, STIGLER, PELTZMAN e POSNER, cada qual com suas peculiaridades, denuncia com honestidade e transparência o escopo de afastar o Estado da economia (pena de maiores sofrimentos sociais, conforme defendem os autores).²⁸⁷ Não há dúvidas de que tais teses são sedutoras e despertam o entusiasmo do leitor.

Porém, e quando muito, tal concepção retrata com fidelidade parcela significativa da doutrina vigente na nação em que foi originalmente construída, seu passado e respectivo grau de desenvolvimento (apesar de sofrer críticas e mitigações históricas).²⁸⁸

Ocorre que a Constituição brasileira é detentora de algumas peculiaridades marcantes no campo da Ordem Econômica: ela não celebra *apenas* a livre empresa, que não configura um *princípio autônomo* no seio do texto constitucional, nem mesmo no contexto da ordem econômica (o que fragmentaria a sua unidade e harmonia). A sua leitura é inseparável dos princípios conformadores do Texto Maior. Assim, e tal como igualmente se passa em outros

²⁸⁶ Cf. ROBERT SKIDELSKY, *Keynes*, cit., p. 37.

²⁸⁷ Cf. GEORGE STIGLER (coord.), *Chicago studies in political economy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988 e SAM PELTZMAN, *Political participation and government regulation*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998. Além disso, nas obras citadas nas notas 56, 94 e 106). Para um contraste entre as propostas e parâmetros analíticos, v. AVELÃS NUNES, *Neoliberalismo e direitos humanos*, cit. Uma crítica ao pensamento de HAYEK e seus desdobramentos neoclássicos (muitas vezes distorcidos) pode ser vista em CALIXTO SALOMÃO FILHO “Direito empresarial público.” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 112/9. São Paulo: Malheiros, out./dez. 1998.

²⁸⁸ Porém, lembre-se que “até mesmo Milton Friedman disse, em 1966: ‘agora somos todos keynesianos’, frase repetida por Nixon em 1972” (ROBERT SKIDELSKY, *Keynes*, cit., p. 129). Para uma explicação da evolução da economia norte-americana e o estado atual do capitalismo moderno oriundo da diferença entre o capitalismo controlado vigente até os anos 1980 e os atuais parâmetros desenfreados (globalização, privatizações, desorganização econômica, transformação tecnológica etc.), v. EDWARD LUTTWAK (*Turbocapitalismo*, cit.), RICHARD SENNETT (*A corrosão do caráter*. 2ª tir. São Paulo: Record, 1999) e JOSEPH E. STIGLITZ (*A globalização e seus malefícios*. São Paulo: Futura, 2002).

ordenamentos jurídicos, “como todas as liberdades, a liberdade de empresa tem *limitações* para a defesa de outros bens constitucionais e interesses sociais”.²⁸⁹

A economia brasileira assume o seu caráter de economia mista (parte estatal, parte privada) não apenas no mundo do ser ou no nível legal. Há previsões constitucionais expressas celebrando essa realidade, positivadas em princípios explícitos, carregados de uma dimensão axiológico-normativa superior.

Mais do que isso: o conjunto de normas (princípios e regras) caracterizadores da Ordem Econômica não é subordinante do todo da Carta Magna. Ao contrário, impõe-se ao intérprete uma cogitação ampla das máximas lá arroladas, calcada na própria *raison d'être* do Texto Maior. A Constituição brasileira institucionalizou um capitalismo qualificado por princípios que afastam a sua compreensão como a de um Estado Liberal clássico, a prestigiar apenas o direito de propriedade privada e a livre iniciativa.

Isso porque a Constituição de 1988 celebra à larga o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo no contexto da Ordem Econômica (art. 1º, inc. III, art. 34, inc. VII, al. *b*), e 170, *caput*). Essa característica *material* da Constituição está expressa e insistentemente plasmada em seu texto *formal*. Assim, e apesar de o prestígio à liberdade individual *lato sensu* ser uma máxima próxima do incontestável, os seus aspectos da liberdade de empresa, de iniciativa e de concorrência sofrem uma verdadeira atenuação jurídico-axiológica quando alinhadas à dignidade da pessoa humana e à justiça social – o que se torna ainda mais relevante frente ao Direito Administrativo da Economia.

Como bem firmou FÁBIO KONDER COMPARATO:

“os princípios da ordem econômica e social, ainda quando explicitados no texto normativo, consideram-se subordinados, todos eles, aos princípios fundamentais da soberania popular e do respeito aos direitos humanos. [...]

“(...) mesmo no campo limitado da ordem econômica, é preciso não esquecer que a enumeração de princípios, constante do citado artigo de nossa Constituição [art. 170], assim como a declaração dos valores

²⁸⁹ ARIÑO ORTIZ, *Principios de derecho público económico*, cit., p. 217.

fundamentais da livre iniciativa e do trabalho humano, acham-se subordinadas aos ditames da justiça social, sendo esta, indubitavelmente, o critério supremo nessa matéria.

Tudo isso justifica, fundamentalmente, a admissibilidade de restrições – interpretativas ou legislativas – à aplicação dos princípios constitucionais da ordem econômica, ao mesmo tempo em que dá a medida da legitimidade dessas restrições. A liberdade empresarial, como se disse, não pode ser tomada em sentido absoluto, o que equivaleria a desvincular a ordem econômica, como um todo, da diretriz superior da justiça social. Mas as restrições ao exercício dessa liberdade não podem ser de tal monta que acabem por eliminá-la em concreto.”²⁹⁰

Esses contrastes põem o intérprete diante da potencialidade de conflitos entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da liberdade de empresa. Constatação que conduz a cogitações acerca da ponderação dos interesses (ou bens) na Constituição de 1988.²⁹¹ O que, sem dúvida alguma, tem como premissa cognitiva a superioridade do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO é assertivo ao descrever a disciplina da atividade empresarial frente à ordem Econômica da Constituição de 1988:

“Assim, o valor fundamental assumido pela Constituição é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Todos direitos de natureza econômica e relacionados com a atividade empresarial têm pertinência com esse postulado e não podem ser a ele contrapostos. As faculdades de desenvolver atividades econômicas e de buscar o lucro são instrumentos de realização da dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas, sejam os empresários, sejam os demais integrantes da comunidade (direta ou indiretamente relacionados com a empresa).”²⁹²

²⁹⁰ “Regime constitucional do controle de preços”, cit., p. 23. Em sentido semelhante, JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, “Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais”. *Revista Trimestral de Direito Público* 1/140. São Paulo: Malheiros, 1993, em que é defendida uma primazia hierárquica do princípio da isonomia (interna à Constituição). Para uma visão alentada das balizas constitucionais da intervenção: LUCIA VALLE FIGUEIREDO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 87/89.

²⁹¹ Acerca do balanceamento ou ponderação do Direito Constitucional, v. DANIEL SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, e GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 1220 ss. Aprofundar em ROBERT ALEXY (*Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89 ss., e “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático.” *RDA* 217/67. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999) e RONALD DWORKIN, *Taking rights seriously*. 8ª impr. London: Duckworth, 1996, p. 22 ss.

²⁹² “Empresa, Ordem Econômica e Constituição”, cit., p. 117.

9.1.3 A ponderação de interesses e sua compreensão substancial

Em primeiro lugar, frise-se que a metodologia da ponderação não é apenas *procedimental*, mas *substancial*: “incorpora uma irreduzível dimensão substantiva, na medida em que seus resultados devem se orientar para a promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes à ordem constitucional.

“Estes valores estão sintetizados no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que confere unidade teleológica a todos os demais princípios e regras que compõem o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.”²⁹³

Na hipótese em que um caso concreto dê margem à instalação de uma tensão hermenêutica entre o princípio da dignidade da pessoa humana *versus* o da liberdade de empresa, a regra é a de que o primeiro prevalecerá.

Ou seja: só excepcionalmente será válida a positivação de regra ou conduta que porventura lesione a dignidade da pessoa humana (apesar de beneficiar a livre empresa). Um exemplo prático esclarece a análise: a suspensão do fornecimento do serviço de água para o usuário inadimplente – cuja discussão ainda não chegou num ponto pacífico, abrangendo tanto doutrinadores e decisões judiciais que optam pela impossibilidade absoluta da suspensão de tal serviço essencial à dignidade da pessoa humana, como aqueles que reputam viável tal

²⁹³ DANIEL SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 57. Para MIGUEL REALE, tal princípio “constitui o pressuposto básico de todo o ordenamento jurídico” (“A Constituição e o Código Civil”, in *O Estado de S. Paulo*, 8/11/2003, p. A2). Contudo, e apesar de a Constituição alemã possuir uma previsão mais incisiva que a brasileira (“A dignidade da pessoa é intangível” – art. 1º, § 1º, nº 1), ALEXY vê na norma uma estrutura “parte regra/parte princípio” e uma liberdade negativa e positiva, mas *rejeita* a possibilidade de a dignidade da pessoa humana configurar um “princípio absoluto”. Por exemplo, o princípio da proteção do Estado (ordem democrática e a do Estado em si mesmo) pode ter precedência ante a dignidade da pessoa humana (*Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 106 ss., p. 211/212 e p. 343 ss.).

suspensão em casos-limite (a generalização do inadimplemento pode gerar o colapso do sistema).²⁹⁴

O argumento central do prestígio acentuado à dignidade da pessoa humana está em que os bens e interesses juridicamente protegidos pelo princípio fazem parte da ideia primeira, da quintessência constitucional. Seguindo o caminho de DANIEL SARMENTO: “o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.”²⁹⁵

Assim, a dignidade da pessoa humana configura um princípio que garante *a)* a sua não-violação por parte do Estado e dos particulares e *b)* a sua proteção ativa por parte do Estado. Não se trata – como não poderia deixar de ser – da positivação de um direito (e/ou garantia) ilimitado e irrestrito (vez que essa espécie não existe num regime constitucional), mas de algo titularizado pelos indivíduos no seio de uma comunidade (e assim deve ser compreendido). Porém, frise-se que “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.²⁹⁶

Mais uma vez, insista-se na concepção de que não se trata de estabelecer uma hierarquia cerrada entre princípios, mas de uma abordagem relativa à sua magnitude – *the dimension of weight or importance*, nas palavras de

²⁹⁴ Por todos, o ensaio de LEILA CUÉLLAR, “Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento”. *RDPE* 3/131. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003 - com amplas citações doutrinárias e jurisprudenciais.

²⁹⁵ *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 59/60. No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”, cit., p. 125, e INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 64 e p. 120/123. Na doutrina portuguesa, merecem destaque as palavras de PAULO OTERO: “se é verdade que o bem-estar constitui elemento estruturante de um Estado social, configurado pela Constituição como instrumento de realização da democracia económica, não deixa também de ser verdade que reside na dignidade da pessoa humana o fundamento último da preocupação do bem-estar pelo Estado.” (*O poder de substituição em direito administrativo*, vol. II. Lisboa: Lex, 1995, p. 586).

²⁹⁶ INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 41.



DWORKIN.²⁹⁷ Dimensão essa que, ao menos no contraste entre os princípios ora postos em jogo, pode emanar de uma leitura substancial da Constituição, não dependendo unicamente da instalação de um momento de tensão principiológica. A rigor, o intérprete não necessita aguardar um conflito concreto para propor uma solução ponderativa: é possível estabelecer critérios dimensionais preliminares, a fim de possibilitar a prática de uma hermenêutica humanista.

9.1.4 *A dignidade da pessoa humana, a liberdade de empresa e o direito ao lucro*

Por outro lado, a liberdade de empresa (e de iniciativa e de concorrência) envolve uma concepção acerca do exercício de um direito que traz consigo determinados ônus e deveres, numa conjunção que envolve o conceito de “função” – o qual, em última análise, destina-se a celebrar a própria dignidade do ser humano. O texto constitucional é claro nesse sentido, ao dispor que a Ordem Econômica “*tem por fim* assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Deixe-se claro que se descarta a compreensão de que a finalidade de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social” poderia ser um objetivo mediato alcançado espontaneamente pelo livre mercado: bastaria que a ele se assegurasse a mais absoluta liberdade. Na medida em que não houvesse quaisquer restrições à livre iniciativa e liberdade de empresa, a existência digna seria uma consequência dos parâmetros libertários adotados, produzida por si só pela “mão invisível”. Os empresários devem se comportar nos limites da lei, maximizar os seus lucros – e ponto final.²⁹⁸ Os benefícios sociais são uma das consequências espontâneas disso.

²⁹⁷ *Taking rights seriously*, cit., p. 26.

²⁹⁸ O principal defensor de que o objetivo empresarial deve ser apenas o lucro dos investidores é MILTON FRIEDMAN. Em seu célebre artigo publicado no *New York Times Magazine* (“The social responsibility of business is to increase its profits”, edição de 13 de setembro de 1970), o autor

Isto é, refuta-se a interpretação de que o texto seria descritivo, ao tecer uma mera constatação do resultado efetivo da liberdade assegurada constitucionalmente: em o Estado se afastando, todos teriam uma existência digna e estar-se-ia obedecendo às determinações da justiça social.

Esse entendimento remete a uma hierarquização principiológica invertida e uma leitura de um liberalismo utópico, incompatível com o sistema constitucional brasileiro e com a existência de uma ordem jurídica da economia (incompatível mesmo com a convivência humana). Ao lado disso, incorpora uma cegueira no que diz respeito à ausência de preocupações ético-sociais dos mercados. Daí porque a livre iniciativa não deva ser compreendida “como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso.”²⁹⁹

Na justa medida em que os agentes econômicos privados detêm e exercitam o legítimo interesse de acumular lucros egoísticos crescentes, a atividade empresarial visa a esse objetivo primário, descurando de eventuais consequências sociais reflexas: se positivas, tanto melhor – se não o forem, talvez o sejam no futuro.

Os investimentos são feitos e as empresas são organizadas para gerar lucros. Quaisquer consequências outras (dignidade da pessoa humana, justiça social etc.) são estranhas ao escopo primário do investimento privado, configurando consequências impertinentes. Numa perspectiva ultraliberal, quanto mais vantajosa, mais dinâmica e flexível a organização empresarial, proporcionalmente menores serão as suas preocupações sociais. Portanto, não se pode deter expectativas quanto a limitações espontâneas por parte do mercado na busca do lucro ou de procura ao atendimento à dignidade da pessoa humana.

destaca que significaria um conflito de interesses paradoxal fazer com que os empresários fossem responsáveis por, simultaneamente, alcançar os objetivos de lucratividade e buscar objetivos relativos ao bem-estar social (de terceiros, que não os acionistas das empresas). O que também implicaria uma quebra do dever ético dos administradores, que seriam obrigados a gastar em favor de terceiros o dinheiro que na verdade pertence aos acionistas das empresas. Aprofundar em *Capitalism and freedom*, cit., p. 133/136. Contra essa tese de FRIEDMAN, v. a crítica de AVELÃS NUNES em *Neoliberalismo e direitos humanos*, cit., p. 39/42.

²⁹⁹ EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 180. E mais adiante: “não se pode visualizar no princípio tão-somente uma afirmação do capitalismo.” (ob. cit., p. 182).

Assim, cumpre ao Estado estabelecer limites à atuação dos agentes econômicos privados, bem como gerar meios de uma melhor distribuição da riqueza. Isso através da regulação normativa ou da intervenção direta – regulando ou agindo, cabe ao Estado gerar os benefícios sociais que o mercado não produz. Essa é a leitura que se propõe à Ordem Econômica da Constituição de 1988.

Nesse sentido, confira-se o conteúdo jurídico do “princípio da lucratividade”, proposto por FERNANDO FACURY SCAFF, que:

“não indica a busca desenfreada pelo lucro capitalista, mas a busca de um equilíbrio entre a impossibilidade de alcançar margens de lucro mínimas que permitam o desenvolvimento dos negócios sociais, e a imoralidade da perseguição alucinada da maior quantidade de mais valia que for possível, ou seja, através da maior exploração do homem pelo homem, que implique em violação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Enfim, o fundamento último da limitação ao exercício abusivo do direito de lucro é o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que impõe a limitação à exploração da mais valia.”³⁰⁰

9.1.5 A função social da propriedade e a liberdade de empresa

Ao positivar em norma uma finalidade diversa do objetivo dos particulares que interagem na esfera econômica, a Constituição estabelece um fim a ser atingido, diverso daquele típico dos agentes livres num mercado perfeito. O texto prevê a integração da busca pelo lucro ao dever do atendimento a interesses alheios àqueles dos detentores dos direitos em questão (propriedade, livre empresa etc.). O que implica a funcionalização do conceito de liberdade empresarial (Constituição, inc. II do art. 170 e inc. XXIII do art. 5º).³⁰¹

³⁰⁰ “Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade”. *RDA* 224/323. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2001, p. 340/341.

³⁰¹ Sobre o conceito de função administrativa, v. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, cit., p. 62 ss., e EGON BOCKMANN MOREIRA, *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30 ss. Sobre o conceito ora interrelacionado de “função social da propriedade”, v. ORLANDO GOMES, “Novas dimensões da propriedade privada”, in *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 85 ss., CARLOS ARI SUNDFELD, “Função social da propriedade”, in ADILSON ABREU DALLARI e LUCIA VALLE FIGUEIREDO (coords.), *Temas de direito urbanístico*, vol. I. São Paulo: RT, 1987, EROULTHS CORTIANO JÚNIOR, *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*, cit., p. 141 ss., e CRISTIANE DERANI, “A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social”, *RTDP* 34/51. São Paulo: Malheiros, 2001.



O Brasil é um Estado Democrático de Direito e “a democracia é um governo de *funções*, não de *dominações*”, como frisou FÁBIO KONDER COMPARATO, que se traduz,

“num poder atribuído a alguém em benefício de outrem (...) O que marca a função não é o título de origem, mas a finalidade. O beneficiário da função pode ser pessoa determinada – como os filhos, no pátrio poder, ou os sócios ou associados nas associações ou sociedades de direito privado – ou então indeterminado. É neste último caso que se pode, propriamente, falar em *função social*.”³⁰²

A garantia do título (e conteúdo) do direito de propriedade é funcionalizada, no sentido de que o seu senhor tem o dever de orientar o exercício desse direito para a obtenção de benefícios sociais. Isso não significa um corte ortodoxo de valores absolutos, pois a funcionalização tem como premissa a propriedade privada, a gerar benefícios ao seu titular. O que se pretende firmar é a necessidade da coexistência pacífica entre ambas as diretrizes empresariais: o lucro unido/instruído pela valorização da pessoa humana, trabalho e justiça social.

Mas se tenha em vista que “Quando se fala em função social da propriedade não se indicam as restrições ao uso e gozo de bens próprios (...)”, mas se “se está diante de um interesse coletivo, essa função social corresponde a um *poder-dever* do proprietário, sancionável pela ordem jurídica”.³⁰³ Ou, na dicção de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Logo, à propriedade atribui-se o caráter de um direito vocacionado a atender à finalidade do desenvolvimento econômico e da justiça social. Segue-se que o Estado pode pretender dos proprietários que concorram nesta direção – e não apenas que se abstenham de adversar esta diretriz.”³⁰⁴

³⁰² “Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático”, cit., p. 398.

³⁰³ FÁBIO KONDER COMPARATO, “A função social da propriedade dos bens de produção”, *RDM* 63/71. São Paulo: RT, 1986, p. 75. Porém, discorda-se do autor quanto à sua compreensão da dimensão das sanções jurídicas (a possibilidade da expropriação da propriedade privada não condicionada ao pagamento de indenização integral ou sem indenização).

³⁰⁴ “Novos aspectos da função social da propriedade no direito público”, *RDP* 84/39. São Paulo: RT, out./dez. 1987, p. 45.

Em síntese, e como de há muito lecionou SEABRA FAGUNDES, “a propriedade deve ser útil, de modo direto, àquele que a adquiriu pela sua atuação própria, e há de ser útil, mediatamente, à comunidade em que se situa o seu titular.”³⁰⁵

À toda evidência, não seria de se imaginar que a propriedade empresarial e o seu exercício restariam imunes à configuração de uma função social. A Constituição é de clareza meridiana nesse sentido, significando que:

“O que dá sustentação constitucional ao instituto da empresa é sua vocação para realização da dignidade de cada pessoa humana. (...) Tal como se passa com a propriedade, a empresa somente se legitima na medida em que seja a via de afirmação de valores que transcendem seu titular. Há vinculação entre as faculdades atribuídas ao empresário e a realização de valores não referidos diretamente a ele.”³⁰⁶

O Estado detém instrumentos adequados, oriundos do sistema jurídico, que permitem a intervenção corretiva e a intervenção instauradora (ambas pró e/ou contra o mercado). A concepção da propriedade (empresarial, inclusive) como um direito que deve cumprir uma função social determina a sua sujeição às conveniências sociais (respeitado, é claro, o próprio direito de propriedade e os limites da lei). O que abrange as intervenções com lastro na defesa estatal do princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo, a função da liberdade de empresa é sim aquela de garantir a atividade econômica privada e o seu lucro, mas qualificada pela busca da finalidade de que esta possa engrandecer o ser humano e a justiça social. Ou na leitura de EROS ROBERTO GRAU:

“Analisando porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – *deverão ser (estar)* fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna,

³⁰⁵ “Da Ordem Econômica na nova Constituição”. RF 222/19. Rio de Janeiro: Forense, abr./jun. 1968, p. 20.

³⁰⁶ MARÇAL JUSTEN FILHO, “Empresa, Ordem Econômica e Constituição”, cit., p. 130.

conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios ...”³⁰⁷

Mas claro que não se pode esperar uma implementação espontânea, por parte dos agentes econômicos, de uma norma constitucional que condicione a sua atuação empresarial (porventura restringindo as suas expectativas). O fato de o princípio ser concebido como de incidência imediata não significa que ele será cumprido à excelência pelo mercado. Ao contrário: exige-se a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer tais preceitos constitucionais.

Ou apurando a leitura dos conceitos, na precisa lição de LUÍS ROBERTO BARROSO: “a valorização do trabalho tem acentuado conteúdo programático, ao passo que a liberdade de iniciativa tem eficácia plena e aplicabilidade imediata.”³⁰⁸ Isto é, a valorização do trabalho exige a adoção proativa de condutas por parte do Estado (sobremaneira através da Administração), de molde a implementá-la de fato.

Indo avante, e levando em conta a teorização de ALEXY dos princípios como normas que constituem *mandatos de otimização* em combinação com a Constituição dirigente de GOMES CANOTILHO,³⁰⁹ tem-se que o Estado (aí compreendida a Administração Pública) não deve apenas respeitar passivamente a dignidade da pessoa humana, mas sim adotar e implementar regras e condutas que a celebrem ao máximo. O que se põe num primeiro plano no Direito Administrativo da Economia.

O ponto de partida está em que a intervenção estatal na economia deve dirigir-se ao máximo prestígio possível da dignidade da pessoa humana. Não

³⁰⁷ *Ordem econômica na constituição de 1988*, cit., p. 57. No mesmo sentido, INGO WOLFGANG SARLET, para quem “a ordem econômica tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna” (*Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 64).

³⁰⁸ “Crise econômica e direito constitucional”, cit., p. 36.

³⁰⁹ *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 86, e *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cit., p. 199 ss. Assim, não se está a defender uma hierarquia ou um princípio absoluto *prima facie*, mas uma diretriz hermenêutica que aceita exceções – que são melhor aquilatadas no âmbito das máximas políticas (*v.g.*, Estado Democrático *versus* dignidade da pessoa humana), com incidência na ordem econômica (cogitação que envolve o princípio da proporcionalidade e a adequação de meios e fins).

se pode acolher condutas estatais comissivas ou omissivas que porventura atentem (ou deixem que os agentes econômicos atentem) contra tal princípio constitucional.

Como bem frisou INGO WOLFGANG SARLET, com lastro na doutrina de JUAREZ FREITAS, caso haja qualquer margem a dúvidas, deve imperar “uma hermenêutica que, para além do conhecido postulado *in dubio pro libertate*, tenha sempre presente ‘o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida’.”³¹⁰ Mesmo frente à Ordem Econômica, as incertezas devem ser sumariamente afastadas em favor da preservação e celebração do princípio da dignidade da pessoa humana.

9.1.6 A defesa de uma compreensão sistemática da Ordem Econômica

Por fim, cabe aqui um alerta: as aqui defendidas *funcionalizações* da *liberdade empresarial* e da *intervenção do Estado* na economia não podem resultar num desvirtuamento da Ordem Econômica celebrada pela Constituição.

Como firmou MODESTO CARVALHOSA, no “conceito de Ordem Econômica constitucional destaca-se o *modo de ser jurídico* do sujeito econômico, ou seja, a sua *função*: Função social e política (justiça social e desenvolvimento nacional) – atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público.”³¹¹

Aclare-se que com isso não se está a sustentar que o empresário se tornou um órgão público nem que a sua propriedade foi convertida num bem público colocado à disposição do Estado unicamente para a obtenção de resultados socialmente úteis. Mesmo porque “a idéia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só

³¹⁰ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 88.

³¹¹ *Ordem econômica na Constituição de 1969*, cit., p. 51. Indo avante, o autor consigna que o Direito passa a “revestir um *conteúdo substancial*, visando à realização da harmonia coletiva e interestatal, através do estabelecimento de um *status* de concreta justiça nas relações jurídicas entre os sujeitos singulares e coletivos e entre os Estados.” (ob. cit., p. 54).

tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*.³¹² O que se advoga é uma concepção teleológica da liberdade empresarial, quando em ponderação com o princípio da dignidade da pessoa humana. A função se sobrepõe à estrutura, conferindo uma nova dimensão ao escopo da atividade empresarial. O controle dessa relação é dever do Estado, desde que proporcional e legitimado pelo Direito.

Essa funcionalização da liberdade de iniciativa no modelo da Constituição brasileira de 1988 remete à lição de PAULO OTERO acerca do Estado de Bem-Estar da Constituição portuguesa de 1976, sintetizada no *princípio do bem-estar*: “o bem estar constitui o objectivo último da actividade pública de um modelo de Estado baseado na dignidade da pessoa humana, enquanto realização da justiça e da solidariedade sociais através da democracia económica, social e cultural.” E mais avante, ao tratar em específico acerca das repercussões desse princípio no modelo econômico do Estado:

“(…) uma tal cláusula não põe em causa, por si, a existência de um modelo económico baseado no mercado e no princípio da liberdade dos seus agentes: a cláusula de bem-estar, pode dizer-se, humaniza a economia de mercado, vincula a livre iniciativa ao progresso social, permitindo até falar na existência de uma ‘economia de mercado social’ ou ‘economia social de mercado’ (…).”³¹³

A constatação não se refere unicamente às liberdades de empresa e iniciativa, mas pode ser alçada a um nível superior, que cogite de todo e qualquer condicionamento ou limitação administrativa ao exercício do direito de propriedade. Como firmou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, as limitações administrativas não podem subtrair à propriedade a sua funcionalidade, compreendida como “a aptidão natural do bem em conjugação com a destinação constitucional que cumpre, segundo o contexto em que esteja inserido” – constatação corroborada pela doutrina de CARLOS ARI SUNDFELD: “Em outras palavras, qualquer condicionamento do direito de propriedade tem como limite a

³¹² EROS ROBERTO GRAU, *Ordem econômica na constituição de 1988*, cit., p. 207.

³¹³ *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998, p. 13 e 17/18.

viabilidade prática e econômica do emprego da coisa: proibido este, o direito estará totalmente sacrificado.”³¹⁴

Não se pode chegar ao ponto de pretender uma subversão da essência econômica da Constituição, lendo a possibilidade da intervenção estatal na economia ao lado da dignidade da pessoa humana e justiça social como um critério legitimador de maior e desenfreada participação do Estado no cenário econômico. Não se pode pretender elevar ao máximo determinados princípios, ao ponto de inviabilizar o exercício de liberdades garantidas de modo expreso no texto constitucional (liberdade de empresa, de iniciativa, de concorrência etc.). O sistema permanece o mesmo, qualificado por sua “humanização”. Assim, mantêm-se atuais as advertências de ORLANDO GOMES, lavradas ao tempo da EC nº 1/69:

1ª. A intervenção não se justifica pela necessidade de submeter a vida econômica aos imperativos da Justiça, pois “A *ordem econômica* caracterizada por essa atitude ingerente do Estado não é manifestação típica da ordem pública traçada na Constituição”;

2ª. Os preceitos que celebram a intervenção não são “expressões jurídicas da tendência *socializante lato sensu* motivada pelo esgotamento do liberalismo econômico e pela decadência do sistema capitalista de produção”;

3ª. Os preceitos interventivos “não afetam o sistema capitalista na sua essência nem na sua estabilidade”.³¹⁵

A manifestação do Estado na economia permanece sendo uma exceção e assim deve ser compreendida. A defesa do princípio da dignidade da pessoa humana significa um dever de o Estado a promover e defender, dentro da vigente configuração jurídica da economia. A apreciação funcional da liberdade de empresa importa uma compreensão teleológica inserida num sistema capitalista, que contempla uma integração e um direcionamento socialmente responsável da atividade empresarial e da excepcional intervenção estatal na economia.

³¹⁴ Respectivamente: “Natureza jurídica do zoneamento”. *RDP* 61/34. São Paulo: RT, jan./mar. 1982, p. 39, e “Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções”. *RTDP* 4/79. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82.

³¹⁵ “Constituição econômica e Constituição política na democracia pluralista”, in *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*, cit., p. 16/17.



Em suma: a positivação constitucional da dignidade da pessoa humana e da justiça social torna *inviável* a exclusiva cogitação acerca de tais princípios como singelos resultados de um mercado livre. Não são *consequências* dele, mas *finalidades* a ser por ele buscadas – quer espontaneamente, quer mediante a intervenção estatal. Há uma inversão de fatores, impedindo que seja conferido caráter secundário ou ancilar à dignidade da pessoa humana e à justiça social.

Assim, tais princípios autorizam (senão determinam) a possibilidade de intervenções estatais na economia, mesmo em detrimento da liberdade de empresa (desde que não a agridam injustificadamente ou a nulifiquem). Conforme acima exemplificado, poderá ser válida a intervenção contrária ao mercado – contanto que satisfatória e proporcionalmente adequada.

9.2 O Direito Administrativo da Economia e o paradigma da “intervenção sensata”

O Direito Administrativo da Economia institucionaliza uma série de parâmetros legais que disciplinam a atuação dos agentes econômicos e o exercício de seu respectivo poder no mercado. Submete o poder econômico a limites legais, subvertendo o conceito de “poder” ao impedir que apenas determinadas decisões autônomas de alguns agentes fixem as condutas dos demais participantes do mercado.

Porém, não se olvide o alerta de HAURIUO, segundo o qual a regra de Direito:

“não emana dos fatos sociais do mesmo modo que as leis físicas emanam dos fenômenos físicos; ela é sempre obra de um poder que, até certo ponto, a impõe às forças sociais; ela tem necessidade de ser mantida por este poder para vencer as resistências que encontra; convém desconfiar de todos os sistemas que afirmam o império do direito (...) o

direito não reina por si mesmo (...) atrás da regra de direito é preciso encontrar o poder que a sanciona.”³¹⁶

Essa procura instigada por HAURIUO pode se dar em dois níveis. Num nível primário ou substancial, trata-se da busca pelo poder social (ou econômico) que define quais forças incidirão no momento prévio à positivação do Direito e no exercício do poder econômico no mundo do ser. Essa primeira análise é certamente a mais rica, que alberga um número mais elevado de cogitações e hipóteses.

Mas igualmente é cabível a investigação no que diz respeito a uma perspectiva formal. Num primeiro momento, o “poder que sanciona” o Direito Administrativo Econômico é formalmente o Legislativo. A Constituição assim prevê esse pacto de legitimidade às normas primárias que se impõem às forças sociais. Depois, o reino do Direito torna-se concreto através do conjunto de órgãos e agentes públicos que implementam a intervenção pública na economia (Administração e Judiciário).

Assim está disposto no art. 174 da Constituição, que outorga ao Estado o título de “agente normativo e regulador da ordem econômica”, cabendo-lhe o dever de fiscalizá-la. A intervenção do Estado na Economia é feita pelo poder público em consonância aos princípios do *caput* do art. 37 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

9.2.1 Estado, empresas e a intervenção na economia

Mas nem mesmo ante essa perspectiva eminentemente formal poder-se-ia desprezar ou ignorar o equivalente exercício do poder por parte dos próprios detentores do poder econômico: também eles desejam intervir na normatização pública da economia, adentrando (formal ou informalmente, direta

³¹⁶ *Apud* MIGUEL REALE, “O poder na democracia”, cit., p. 221.

ou indiretamente) em espaço juridicamente reservado às pessoas públicas detentoras de competência intervencionista.

Isso pode se dar tanto no momento primário de elaboração normativa (campanhas publicitárias, *lobbies*, pressões político-econômicas etc.), como no que diz respeito à atividade reguladora e executora das normas oriundas do Legislativo (o que é tratado com vigor pela “teoria da captura”). Em casos extremos, a doutrina descreve também a existência de exercício de poder econômico ao nível do Judiciário (providimentos cautelares ou antecipatórios que, apesar de provisórios e legítimos, acabam por cometer ao agente econômico uma vantagem econômica extraordinária).³¹⁷

Desta forma, é pacífico que os agentes econômicos não se limitarão às fronteiras da concorrência dentro do mercado, caso este corra o risco de sofrer intervenções normativas. Há uma reciprocidade: o Estado intervém no mercado, enquanto que os empresários “intervêm” no Estado. Isso significa que sempre haverá confronto entre poderes e a constante tentativa por parte dos agentes econômicos no sentido de atenuar ou dirigir a intervenção estatal, adequando-a aos seus próprios interesses.

9.2.2 *A intervenção sensata nas economias capitalistas*

Cada Estado terá a sua definição da magnitude da intervenção pública na economia privada, com variações históricas. Uma vez que o sistema econômico do Estado brasileiro pode ser caracterizado como misto ou dual, pois prestigia “dois setores teoricamente separados quanto à iniciativa econômica: o setor privado ou de mercado, ao qual se contrapõe o setor público”, disso podem resultar (e resultarão) confrontos.³¹⁸

³¹⁷ Nesse sentido, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente” (*RDPE*1/215, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003).

³¹⁸ FÁBIO NUSDEO, *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, cit., p. 20.

Por isso, assumem especial importância as ponderações quanto à sensatez da dimensão do Estado na Ordem Econômica. E à qualidade dessa sensatez, se econômica ou social. Ou, num sentido mais amplo, como leciona FÁBIO NUSDEO, da própria “presença estatal no sistema econômico”, que “pode ser *mais ou menos* ativa”.

“Tal qualificação não é mera força de expressão ou recurso de propositada vagueza. É lícito dizer-se que ela corresponde a um conceito quase técnico, como o da *razoabilidade* para o direito anglo-saxão. Isto porque não existe como se definir ‘a priori’ qual o peso ou a extensão da participação estatal em qualquer sistema, por não constituir um parâmetro técnico, mas puramente instrumental e político. *Como tal, caberá a cada sociedade, ao longo de sua trajetória histórica, determinar o quanto de mercado e o quanto de Estado deseja ter.*”³¹⁹

E mais adiante, em cristalina conclusão:

“E o caminho será o da adequada normatização da atividade estatal, justamente como prolatora das leis do Direito Econômico, a fim de conferir a indispensável segurança à sociedade de que o seu fim estará sempre em estrita consonância com aqueles princípios informadores básicos e com as diretrizes em que se desdobram, racional e conscientemente adotadas pela mesma sociedade.

“Por outro lado, como toda iniciativa estatal entranha uma restrição à plena liberdade econômica, sonhada pelo liberalismo, mas que embasa ainda a organização econômica ocidental, será necessária também a certeza de que o seu sacrifício, ainda quando parcial, tenha, como contra partida efetiva, a obtenção de fins superiores inalcançáveis sem aquela restrição, sem que isso redunde em desmedido e não autorizado poder, quer para outros agentes do setor privado, quer para administradores do setor público.”³²⁰

O que faz surgir a necessidade de cogitações acerca de uma intervenção sensata: proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo. Num sistema capitalista que celebra constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência (Constituição, art. 170), a intervenção do Estado na Economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual, com finalidade pública e específica.

³¹⁹ *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, cit., p. 36.

Mas essa qualidade que ora se pretende outorgar à intervenção estatal não tem por lastro único a prudência ou a discricção. Não se trata de uma “sensatez liberal”, que recomendaria a mais aguda abstenção. Nem tampouco de uma “sensatez econômica”, que advogaria apenas a defesa do mercado e do livre espaço concorrencial aos seus agentes. Os princípios constitucionais da função social da propriedade, razoabilidade e proporcionalidade conduzem a uma situação de equilíbrio e bom senso interventivo – no sentido de proporcionar uma intervenção firme, mas apenas quando necessária ao interesse público definido em lei (seja ele circunscrito à concorrência, seja ele definido por razões de ordem social).

Logo, a intervenção estatal na economia importa celebrar não uma desproporção ou uma invasão desmedida, mas um equilíbrio de forças no próprio mercado em questão – seja de forma a corrigir os desvios constatados na conduta dos agentes, seja instalando uma nova realidade econômica inédita até então. “Em matéria de atividade empresarial, o princípio da proporcionalidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio entre a busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da legitimidade do lucro deve dar-se simultânea e conjuntamente com o resguardo da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de satisfação do bem de todos. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absolutos em si mesmos.”³²¹

O paradigma da intervenção sensata defende, portanto, um comedimento interventivo, sem abdicar da firmeza e da objetividade no

³²⁰ *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*, cit., p. 39.

³²¹ MARÇAL JUSTEN FILHO, “Empresa, Ordem Econômica e Constituição”, cit., p. 119. Acerca da proporcionalidade e razoabilidade na intervenção econômica, v. os estudos de MARCEL QUEIROZ LINHARES (*O princípio da proporcionalidade na regulação econômica*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, 2002), ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO (“O princípio da proporcionalidade no direito econômico”. *RDA* 223/199. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2001) e FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO (“Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *RDPE* 1/69. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003). V. também a aplicação da “regra da razão” em face do poder de mercado na obra de CALIXTO SALOMÃO FILHO (*Direito concorrencial – as estruturas*, cit., p. 150 ss.) e a compreensão do princípio da proporcionalidade no cenário da “ponderação dos interesses” no livro de DANIEL SARMENTO (*A ponderação de interesses na Constituição Federal*, cit., p. 77 ss.).

atingimento de fins sociais. A concepção funcionalizada da intervenção estatal na economia não pode abdicar da cautela, nem tampouco da coerência.

Não há dúvida de que a intervenção significa adentrar em ambiente econômico alheio àquele do interveniente (formal ou substancialmente diverso), com a finalidade de o modificar – dirigindo ou influenciando sobre o seu desenvolvimento, a fim de produzir resultados econômicos diferentes daqueles que porventura o seriam caso não se desse a intervenção.

No campo da intervenção pública na economia privada, trata-se de adentrar na atividade econômica reservada pela Constituição à livre iniciativa, liberdade de empresa e livre concorrência. Logo, vige a máxima da *exceptiones sunt stritissimoe interpretationis*. Ao mesmo tempo em que o conceito de liberdade deve ser interpretado ao extremo, “interpretam-se restritivamente as disposições que limitam a liberdade, tomada esta palavra em qualquer de suas acepções: liberdade de locomoção, trabalho, trânsito, profissão, indústria, comércio, etc.”³²²

Destaque-se o conceito de intervenção proposto por EROS ROBERTO GRAU:

“*Intervir* é atuar em área de outrem: atuação, do Estado, no domínio econômico, área de titularidade do setor privado, é *intervenção*. Atuação do Estado, além da esfera do público – isto é, na esfera do privado – é *intervenção*. De resto, toda atuação estatal pode ser descrita como um ato de intervenção na ordem social.”³²³

E, mais adiante, o mesmo autor põe tal ideia em minúcias:

³²² CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 231.

³²³ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 63. Já FERNANDO FACURY SCAFF rejeita a separação entre o Estado e a economia; entre o político e o econômico (“Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade”, cit., e *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*, cit., p. 88 ss.). No que segue a lição de MASSIMO SEVERO GIANNINI, que faz as seguintes ponderações acerca da separação/distinção entre Estado e economia: “Questa concezione è falsa, perché è vero proprio il contrario: che lo Stato, e prima di esso gli ordinamenti generali che avevano caratteristiche giuridiche diverse dallo Stato, hanno sempre disciplinato fatti attinenti all’economia, assumendo ciò come una delle loro attribuzioni fondamentali.” (*Diritto pubblico dell’economia*. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 20).

“O que porém mais importa destacar, quando nos dedicamos à análise do tema, é a atuação do Estado em relação à esfera do privado. O vocábulo *intervenção*, então, veiculado em sentido forte, que indica *atuação em área de outrem* – isto é, naquela esfera, do privado –, é o que melhor se presta a conotar o significado pretendido. A própria Constituição, de resto, não dispensa a sua utilização: no art. 149 define competir exclusivamente à União instituir contribuições de “*intervenção no domínio econômico*”.³²⁴

Também a definição proposta por DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO exterioriza compreensão semelhante acerca do tema:

“Conceitualmente, considera-se o instituto da *intervenção do Estado sobre as atividades econômicas e sociais* como a imposição imperativa que faz de uma *ordem artificialmente engenhada*, aquela abstratamente presumida como *eficiente*, para reger as relações da sociedade que jurisdiciona, afastando a *ordem espontânea* por elas gerada.”³²⁵

Logo, é preciso se contemplar com extrema cautela o exercício dessa competência pública invasiva. O que não importa sustentar a possibilidade da instalação de uma *selva selvaggia* econômica. Os excessos em ambos os lados exigem a fixação do paradigma de uma intervenção sensata. Não uma intervenção anódina ou desproporcional, para além ou para aquém do necessário,³²⁶ mas uma intervenção ponderada e razoável, que atinja com precisão e eficiência os fins por ela visados.

Caso contrário, poderá ter vez ou um controle por demais intrusivo ou, noutro extremo, a “teoria da captura”. No primeiro caso, vige a ausência de liberdades (iniciativa, empresa, preços, oferta etc.) e a definição, quase que *manu militari*, da integralidade do comportamento econômico de todos os agentes em determinado mercado. Em mais de uma ocasião, o País já passou por essa experiência e o resultado para a Economia nacional não poderia ser adjetivado de louvável.

³²⁴ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 125/126.

³²⁵ *Direito regulatório*, cit., p. 129.

³²⁶ Como preleciona JUAREZ FREITAS, “O princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução dos seus objetivos. Exageros para mais ou para menos configuram irretorquíveis violações ao princípio.” (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 56).

Na segunda hipótese, a intervenção pública é dominada por agentes do próprio mercado, que das mais diversas formas subjugam os entes públicos em favor de seus interesses econômicos: as empresas dos respectivos setores aportam investimentos na atividade intervencionista/regulatória, a fim de conquistar proveitos. As empresas têm um custo relativo à sua interação e ao convencimento, visando a que as normas a ser emanadas as beneficiem diretamente. É um custo despendido na obtenção da regulação (arcado posteriormente pelos usuários e consumidores).³²⁷

Mas alerte-se para o fato de que o estudo do papel reservado ao Estado e aos agentes privados no cenário econômico não pode ser compreendido de forma simplista e universal. Não se trata de uma realidade comum e idêntica em todos os países do globo, de molde a possibilitar a impensada utilização e a compreensão de teorias alienígenas (sejam elas econômicas, sejam jurídicas) tal como se nacionais fossem.

Lembre-se que nem mesmo os modelos implantados nos países centrais são lá acolhidos sem maiores ressalvas. O que se dá é a formação de um pensamento que exprime a ideia hegemônica em determinado território geográfico em certo momento histórico (ou a uma escola acadêmica). Muitas vezes essas realidades são transcendentais aos limites geopolíticos de específica nação (ou se submetem a uma ampliação global devido a razões de ordem econômico-financeira), mas isso não quer significar que devam ser aceitas e implementadas sem uma reflexão maior.

³²⁷ Para a compreensão da teoria da captura é imprescindível a leitura de GEORGE J. STIGLER, especialmente os ensaios “What can regulators regulate?: the case of electricity” (1962, escrito em colaboração com C. FRIEDLAND, em que demonstra o impacto ínfimo da regulação e estabelece uma inovação metodológica: estimar o efeito da regulação através de um modelo estatístico explícito) e “The theory of economic regulation” (1971, trabalho teórico em que sustenta que, como em qualquer mercado, a regulação tem um custo de transação, expressado numa procura política efetiva aos reguladores). Tais textos estão na coletânea *The Citizen and the State* (Chicago, Univ. of Chicago Press, 1975). Ampliar em SAM PELTZMAN, *Political participation and government regulation*, cit.. No Brasil, v. o ensaio de MÁRCIA MARGARETE FAGUNDES, “Teoria da captura do regulador de serviços públicos”, in MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e CARLA C. MARSHALL (orgs.), *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 251 ss.

9.2.3 A intervenção sensata e o princípio da dignidade da pessoa humana

Indo avante, é importante pôr em destaque a ideia de que esse paradigma da intervenção sensata há de ter como marco primário o princípio da dignidade da pessoa humana, compreendido como eixo central de todo o Direito Administrativo contemporâneo.

Ainda que o princípio da dignidade da pessoa humana tenha relação imediata com os serviços públicos, como o demonstrou com precisão MARÇAL JUSTEN FILHO,³²⁸ a intervenção do Estado na Economia não pode descurar dessa máxima. Isso porque, como o autor chega a afirmar em outro estudo, a dignidade da pessoa humana envolve interesses,

“de relevância tamanha que sua proteção não pode ser atribuída exclusivamente ao indivíduo. São interesses cuja realização é imperiosa. É tão inafastável a realização desses interesses que se afasta o postulado da liberdade. Não é possível admitir que o interesse seja ou não realizado, segundo a vontade dos particulares, que podem escolher entre satisfazer ou não certos interesses. Essa liberdade apenas vigora quando esses interesses não sejam relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana.”³²⁹

Como firmou INGO WOLFGANG SARLET,

“todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que seja contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal, de todos os indivíduos) contra agressões de terceiros, seja qual for a procedência (...)”³³⁰

³²⁸ *Teoria geral das concessões de serviços públicos*, cit., p. 30 ss.

³²⁹ “Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do direito administrativo”, cit., p. 134. Ampliar em JOSÉ AFONSO DA SILVA (“A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, *RDA* 212/89. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998) e EDILSON PEREIRA NOBRE JÚNIOR (“O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana”, *RDA* 219 : 237. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000).

³³⁰ *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 111. No mesmo sentido, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, “O princípio da dignidade da pessoa humana e exclusão social”, *Revista Interesse Público* 4/23. Porto Alegre: Notadez, out./dez. 1999, e JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 58/64.

Especificamente no que diz respeito à Ordem Econômica, é de se prestigiar a lição de EROS ROBERTO GRAU, para quem “A *dignidade da pessoa humana* é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como *fundamento* da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como *fim* da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput* – ‘a ordem econômica... tem por fim assegurar a todos existência digna’).”³³¹ Na dicção do autor, trata-se não só de um “princípio político constitucional conformador” (GOMES CANOTILHO), mas também de um “princípio constitucional impositivo” (GOMES CANOTILHO) ou “diretriz” (DWORKIN) ou “norma-objetivo” (EROS GRAU).

Ora, o Estado não pode intervir instruído apenas por uma concepção pró-mercado e pró-concorrência. Se assim fosse, caberia deixar à “mão invisível” desse sistema autopoiético a solução de seus problemas e dilemas. A sensatez da intervenção pública na Economia é oriunda do atendimento aos interesses postos à guarda do próprio Estado, dentre os quais assume o primeiro lugar a dignidade da pessoa humana.

Ou na ampla visão esposada por PAULO OTERO, “a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do bem-estar e comporta também um limite a uma intervenção pública exorbitante sobre a esfera da sociedade civil, impondo mesmo uma regra de subsidiariedade ou supletividade na acção do Estado.”³³² O que põe em foco o princípio da subsidiariedade da ação econômica estatal.

9.2.4 A intervenção sensata e o princípio da subsidiariedade

Apesar de recentemente intensificada a discussão quanto ao princípio da subsidiariedade, a questão não é nova em termos de Direito

³³¹ *A ordem econômica na Constituição de 1988*, cit., p. 175. O que reforça a visão do autor quanto às exigências oriundas do interesse público primário firmado na Constituição de 1988: “Desejo deixar bem vincado nesse passo o seguinte: o *interesse social* exige a prestação do *serviço público*; o *relevante interesse coletivo* e o *imperativo da segurança nacional*, o empreendimento de *atividade econômica em sentido estrito* pelo Estado.” (ob. cit., p. 115).

³³² *O poder de substituição em direito administrativo*, cit., p. 588.



Econômico brasileiro. Por exemplo, boa parte da doutrina o apontava presente no art. 163 da Constituição de 1967 (com a EC nº 1/69).³³³

O debate e a divulgação do tema tornaram-se mais frequentes depois da onda de liberalização e privatizações sofrida pelo mundo no período 1980/1990 (e sobretudo depois de sua positivação expressa no Tratado da União Europeia, art. 3º - B). Desde então, a doutrina brasileira vem tratando amplamente do tema, em especial no que diz respeito à sua aplicação frente ao Texto Constitucional de 1988.³³⁴

Contudo, merece destaque a conclusão de FAUSTO DE QUADROS, para quem “é cómodo invocar o princípio da subsidiariedade, mas é difícil vivê-lo e praticá-lo.”³³⁵ Uma coisa é a sua previsão legislativa (e a respectiva descrição doutrinária), outra é sua aplicação (e consequências e controle). Ainda mais em economias capitalistas como a brasileira (e a portuguesa), onde o Estado dantes intervinha fortemente e hoje encontra-se afastado, qualitativa e quantitativamente, do domínio econômico.

Numa outra aproximação, igualmente é de se mencionar a observação de VITAL MOREIRA, plenamente aplicável ao Direito brasileiro:

³³³ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em “O Estado e a ordem econômica”, cit., *passim*, usa as locuções “participação apenas supletiva”; “suplementar da iniciativa privada”; “gestão econômica supletiva” etc. Já JOSÉ CELSO DE MELLO FILHO (*Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 392 e 407) e TOSHIO MUKAI (*Participação do Estado na atividade econômica*. São Paulo: RT, 1979, p. 48 ss.) falam expressamente do “princípio da subsidiariedade” frente à EC nº 1/69.

³³⁴ A obra mais significativa é a de JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, *O princípio de subsidiariedade*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000. Ampliar em LEILA CUÉLLAR, *As agências reguladoras e seu poder normativo*, cit., p. 56/58, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na administração pública*, cit., p. 26/33, e JUAREZ FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, cit., p. 89/95 (tratando do “princípio da intervenção essencial do Estado”). Para esquadrihar o tema frente ao Direito Europeu, v. a preciosa obra coordenada por ROBERT ANDERSEN e DIANE DÉOM, em que doutrinadores de cada um dos países da União Européia analisam o princípio em sede territorial e funcional, com enfoque comunitário e de Direito interno (*Droit administratif et subsidiarité*. Bruxelles: Bruylant, 2000).

³³⁵ A advertência diz respeito ao tema frente à Comunidade Européia e as tensões geradas ao nível da intervenção estadual/intervenção comunitária: “Queremos dizer com isso que a subsidiariedade coloca tremendos desafios à capacidade dos Estados, enquanto faz depender a amplitude na sua intervenção da sua suficiência para prosseguir os fins do Tratado.” (*O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 73). Mas isso não se impede que a observação se aplique ao Direito brasileiro, com as devidas adequações.

“Contudo, é de observar que entre nós a Constituição não insere nenhum princípio da subsidiariedade, quando ao primeiro daqueles aspectos [a relação Estado/sociedade]. A pleora de tarefas económicas e sociais de que o Estado está constitucionalmente incumbido ou a que está constitucionalmente autorizado não deixam margem para tal lógica. Os limites negativos da actividade do Estado têm de deduzir-se de conceitos, normas e princípios constitucionais, nomeadamente, os que garantem os direitos fundamentais (liberdade de empresa, de profissão, de meios de comunicação, etc.) ou que impedem o Estado de reservar para si o exclusivo de determinadas esferas sociais, como sucede com a garantia institucional do sector económico privado, da escola privada, das instituições particulares de segurança social, etc. Há assim uma reserva da esfera pública (*lato sensu*: estadual) e uma reserva da esfera privada (dos particulares). Entre elas há todo um mundo, cuja partilha entre a esfera pública e a esfera privada cabe ao Estado fazer.”³³⁶

Ou seja, e à parte as zonas de certeza positivas (e respectivas zonas de certeza negativa), “há todo um mundo” a intermediar a esfera pública e a esfera privada na economia. Não é tão singelo obter efeitos concretos nesse universo de ações económicas que não foi peremptoriamente definido na Constituição como próprio deste ou daquele setor. O recurso aos princípios gerais e respectivos conceitos tende a gerar interpretações variadas. O que torna importante uma avaliação sensata do ponto de vista não só da Ordem Económica, mas especialmente da realidade socioeconómica brasileira.

No caso brasileiro, a análise do princípio exige a definição de algumas premissas. Tais proposições são oriundas do exame da Ordem Económica em conjugação com a realidade económica de um País em desenvolvimento.

Em primeiro lugar, a subsidiariedade diz respeito precipuamente aos lindes da “exploração direta de atividade económica pelo Estado” (Constituição, art. 173). Envolve uma atuação secundária, suplementar ou complementar num espaço constitucionalmente reservado às pessoas privadas. O Estado atua quando e se absolutamente necessário, dentro dos limites ínsitos a essa indispensabilidade (tal como definida em lei e segundo um regime de Direito Privado). Autoriza-se a

³³⁶ *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997, p. 250.

intervenção porque requisitada pelas falhas daquele determinado setor econômico.³³⁷

Pode-se, inclusive, cogitar de uma subsidiariedade no plano da intervenção regulatória (Constituição, art. 174). A disciplina normativa do setor econômico privado, outorgada à livre iniciativa (esta funcionalizada, é bem verdade), envolve a liberdade de dispor acerca dos contratos e bens, auto-regulando e auto-disciplinado os seus próprios interesses num mercado concorrencial. O que se afigura ainda mais claro na hipótese de regulação setorial – quando o Poder Público edita normas a reger um específico setor da economia (p. ex., telefonia ou medicamentos). Logo, a intervenção regulatória merece também ser encarada como secundária a um mercado capitalista.

Nesse sentido de bloquear tanto a intervenção em sentido estrito como aquela regulatória, o princípio da subsidiariedade assume no direito brasileiro a configuração de uma “cláusula-barreira”, a impedir “uma ‘subversão’ da ordem de tarefas e competências constitucionalmente prevista”.³³⁸

Por essas razões não se dá a incidência do princípio da subsidiariedade no setor de serviços públicos, cuja definição constitucional – “Incumbe ao Poder Público (...) a prestação de serviços públicos” (art. 175) – torna inversa a relação. O serviço público é reservado de forma primária ao Estado, podendo ser concedido *o seu exercício* aos particulares. Não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público. Nem tampouco se poderia cogitar de o Estado “intervir” num setor que lhe é próprio. Quanto aos serviços públicos, o Estado tem o dever de sempre atuar (de forma direta ou indireta), pois sua racionalidade exige a prestação pública contínua e adequada.

³³⁷ Reitere-se aqui as notas nº 24 e 236 – nas quais se consigna que a presente tese não abordará a distinção entre serviço público e atividade econômica, respectivas razões e referências bibliográficas acerca do tema.

³³⁸ J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 80 (texto escrito também em atenção à “europeização das tarefas nacionais”). Acerca do princípio, ampliar em VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 152/157, e GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 339/340.

Note-se que essa repartição de atribuições inerente à subsidiariedade implica a definição da *necessidade* da intervenção estatal na economia. Não será válida a intervenção econômica (em sentido estrito ou regulatória) que não se configure como absolutamente indispensável.

A Ordem Econômica brasileira, unida à configuração concreta no momento interventivo, fornecerão a solução para a validade da intervenção estatal. A depender da hipótese, essa definição da inevitabilidade da intervenção deve ser devidamente motivada (em especial no que diz respeito aos atos administrativos interventivos), com a apresentação dos motivos de fato e das razões de direito que autorizam a intervenção. Essa motivação, unida à teoria dos motivos determinantes, autoriza a sindicância no que diz respeito ao cumprimento do princípio da subsidiariedade.

A avaliação quanto à efetiva necessidade pode envolver dois momentos: o primeiro, no que diz respeito à própria positivação legislativa da possibilidade interventiva. O Legislador outorga ao Estado-Administração uma específica competência relativa à intervenção, através da edição de um diploma específico. Como não poderia deixar de ser, essa definição pode ser objeto de controle judicial – tanto no que diz respeito à outorga de competência relativa à intervenção em sentido estrito como àquela puramente regulatória (contemplando os limites inerentes ao núcleo duro do mérito das decisões administrativas).³³⁹

O segundo momento diz respeito à implementação *in concreto* da atividade interventiva. Tanto na atividade produtiva específica (p. ex., abuso no exercício do poder econômico e respectivo ataque à concorrência), como na edição de regulamentos administrativos (p. ex., a restringir determinados mercados a certos operadores), a necessidade da atividade interventiva é de possível controle judicial também em face do princípio da subsidiariedade.

³³⁹ O que envolve a ampla discussão acerca da discricionariedade administrativa, controle jurisdicional e também a “discricionariedade técnica” – temas que ultrapassam as fronteiras da presente tese. V. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São

9.3 Conclusões parciais

Conforme acima descrito, e na medida em que a “mão invisível” nem sempre opera de forma socialmente adequada, o Estado deve organizar o mercado em prol da dignidade humana sempre que necessário, nos termos da concreta evolução histórica da sociedade. Exigência que se torna mais clara quando constatadas as falhas de mercado ou quando imprescindível para o estímulo ao desenvolvimento nacional (essencial em países subdesenvolvidos).

A Constituição não prestigia a ideia de que o mercado não detém a exclusividade da organização econômica (e social). Ademais, este não desempenha essas tarefas de forma equânime nem com a justa eficiência alocativa (a justa distribuição dos benefícios). Isso sem mencionar as muitas variações hodiernas em torno do conceito de eficiência econômica: (i) a eficiência alocativa (ou de Pareto, envolvendo a destinação dos recursos que maximiza o excedente total recebido por todos os membros da sociedade e amplia o bem-estar social); (ii) a eficiência produtiva (ou técnica, vinculada à relação entre os fatores de produção e a quantidade de bens produzidos); (iii) a eficiência macroeconômica (o pleno emprego e a plena utilização do potencial produtivo, através de políticas públicas intervencionistas); (iv) a eficiência inovativa (típica dos mercados oligopolistas, cujos segredos industriais e avanços tecnológicos são decisivos); (v) a ecoeficiência (limita o uso de bens e serviços que possam comprometer o ecossistema); (vi) a eficiência distributiva (envolve a relação entre ética e economia, numa perspectiva social-desenvolvimentista); e (vii) eficiência de Kaldor-Hicks (ou “princípio da compensação”, em que a alocação dos recursos é eficiente quando maximiza a riqueza, independentemente de sua distribuição social).³⁴⁰

Paulo: Malheiros, 1992, e o nosso “Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a ‘elaboração processual de normas’”, cit.

³⁴⁰ A doutrina econômica é fértil cerca de tais variações em torno do conceito de eficiência. Aprimorar em IGNACY SACHS, “As cinco eficiências”, in *O gato de alice*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 70/72; VARIAN, *Intermediate microeconomics*, p. 15 ss. e STIGLITZ, *Economics of the public sector*, cit., p. 57/73.

Ou seja, caso a distribuição dos recursos fique com exclusividade ao encargo do próprio mercado, não será um conceito de eficiência alocativa que assegurará o justo e equânime bem-estar social. Nem tampouco a ecoeficiência será prestigiada. Quando muito, a eficiência produtiva ou inovativa de alguns setores.

Reitere-se que é nítido que o mercado concorrencial perfeito nunca ocorreu de fato: é antes um juízo hipotético ideal, uma abstração encarnada num modelo que se presta a servir de guia e pauta de confrontação teórica. Trata-se apenas de um modelo “muito teórico”, a que os economistas recorrem “como um meio de avaliar o grau de concorrência nos mercados reais. Estabelecem as condições necessárias a um mercado perfeito e, depois, confrontam-nas com as situações encontradas nos mercados de bens e serviços.” Nesse mercado de concorrência perfeita “existirá um (e apenas um) preço de mercado, e este estará acima da influência de qualquer comprador ou qualquer vendedor.”³⁴¹

Logo, a perfeição concorrencial só pode existir no mercado ideal estabelecido em termos teóricos pelos economistas (mercadorias homogêneas; grande número de compradores e de vendedores; constante intensidade na oferta e procura; conhecimento perfeito, recíproco e simétrico das condições de mercado; ausência de barreiras à interlocução entre todos os compradores e todos os vendedores; ausência de barreiras ao ingresso ou saída de concorrentes). O preço das mercadorias é estabelecido pelo mercado ele mesmo. A conjugação de tantos requisitos outorga marcante nitidez à conclusão de que esse modelo jamais se implementaria de fato.

A conclusão óbvia é a de que o modelo de Estado a serviço do mercado mediante a sua mais absoluta omissão padece de um defeito estrutural intransponível, pois nem Estado nem mercado podem ser concebidos puramente como instrumentos de uma concepção econômica teórica. Caso assim fosse, inverter-se-ia uma hierarquia lógica, tentando-se adaptar a realidade a uma teoria

³⁴¹ GEORGE STANLAKE, *Introdução à economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 285/286.



impalpável. Estado e mercado são resultados da real evolução histórica das relações sociais e econômicas e nesses termos devem ser compreendidos.

Por isso que é próximo do impossível que o Estado (especialmente o brasileiro) deixe de intervir na economia. O liberalismo puro tem pouca consistência nos dias de hoje, especialmente em países subdesenvolvidos com graves falhas estruturais como o Brasil. Mesmo o pensamento que parte do pressuposto mercadológico cogita da regulação do poder econômico em determinados setores – os parâmetros de mercado são estabelecidos pela Teoria Econômica, positivados pelo Direito e impostos aos operadores do setor.

Em maior ou menor grau (a depender do país e respectivos setores econômicos), a regulação da economia pelo Estado é uma realidade cotidiana.

O que se tem como verdadeiramente indispensável é a subordinação da atividade interventiva – desde o seu nascimento – ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa é a diretriz maior do Direito Administrativo da Economia. Através dela chega-se à conclusão acerca da necessidade e da legitimidade da intervenção.

10. EPÍLOGO: SERIA A INTERVENÇÃO ESTATAL DA ECONOMIA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA UMA “VARIAÇÃO EM TORNO DE UM MESMO TEMA” OU UM PONTO IRREVERSÍVEL?

Até meados da década de 90, a relação do Estado brasileiro com a economia seguia um mesmo parâmetro. As atividades econômicas eram um assunto primordial ao Estado, que as regia direta e indiretamente através de uma estrutura burocrática superlativa. A Administração Pública (direta e indireta) era a célula-mãe da economia nacional: desdobrava-se e dava nascimento a outras tantas com a mesma índole, ao mesmo tempo em que controlava os mais variados setores da economia.

Apesar de sempre haver previsões constitucionais quanto ao perfil capitalista da economia, o Estado brasileiro era essencialmente intervencionista: não só regulava os mercados como neles atuava intensamente. As mudanças davam-se em torno desse mesmo conceito.

Porém, a partir de 1995 houve o alarde quanto à transmutação do perfil da Administração Pública (de “burocrático-patrimonialista” para “gerencial”), simultaneamente à retirada do Estado do cenário econômico (especialmente em decorrência das privatizações e da implementação do novo modelo regulatório).

O Estado-Administração passou a se instruir por parâmetros de eficiência administrativa (o *princípio da eficiência* foi incorporado ao *caput* do art. 37 da Constituição através da EC nº 19/98). Além disso, a intervenção pública da economia despiu-se de seu caráter eminentemente interventivo em sentido estrito, afastando-se da intrusão direta nos mercados: parcela do Estado Empresário deu lugar ao Estado Regulador.

Desde então o Direito Administrativo brasileiro vem passando por equivalente mudança. Já não mais existe o mesmo panorama da relação do Estado



com as pessoas privadas, especialmente no que diz respeito à compreensão do papel representado por ambos no cenário econômico.

A mudança é radical exatamente num sentido literal do termo, vez que as raízes histórico-constitucionais dessa disciplina foram alteradas (quando não abaladas). A Constituição brasileira foi objeto de uma sequência de várias Emendas Constitucionais que rapidamente instalaram variações dantes não contempladas em nosso passado administrativo. Ao seu tempo, a legislação infraconstitucional foi objeto de sucessivas e incontáveis modificações (quer no sentido jurídico, quer no sentido cronológico).

Instalou-se um processo intermitente, mas contínuo e intenso, de alterações na essência da configuração do Direito Administrativo brasileiro – no que diz respeito à Ordem Econômica e também quanto à estrutura e serviços da própria Administração.

Ocorre que muitas dessas novidades foram bruscas e vieram de fora. Não derivaram de uma gestação ou da evolução interna de ideias nacionais, mas foram implantadas mediante a inserção, positiva e imediata, de concepções jurídicas estranhas à História do Direito Administrativo brasileiro. Houve um transplante (ou um enxerto) de realidades normativas inéditas ao Ordenamento até então vigente, muitas delas trazendo consigo tentativas de solução através de uma taxonomia carregada - como que se os nomes das instituições implicassem na criação e compreensão de um novo regime jurídico.³⁴²

Algumas dessas inovações são absolutamente contrárias à tradição do Direito Administrativo brasileiro – sofrendo a pecha de ilegítimas, inconstitucionais ou ilegais por boa parcela da doutrina.³⁴³ Daí ser significativa a

³⁴² Vide os exemplos dos “contratos de gestão” (que não são contratos) e as “agências executivas” (que nada têm de semelhante com as *executive agencies* norte-americanas). Ampliar nos nossos “As agências executivas brasileiras e os ‘contratos de gestão’” (*RDA* 229/135. Rio de Janeiro, Renovar, jul.-set./2002) e “Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus ‘vínculos contratuais’ com o Estado” (*RDA* 227/309. Rio de Janeiro, Renovar, janeiro/março 2002).

³⁴³ Reitere-se o exemplo das agências reguladoras independentes. Para uma visão da doutrina, v. MARÇAL JUSTEN FILHO, cujo *O direito das agências reguladoras independentes* aborda a totalidade dos conflitos e argumentos num e noutro sentido (ob. cit., p. 286 ss.).

mudança: não se trata de algo que poderia ser definido como uma singela e previsível evolução dos institutos preexistentes. Nem tampouco na condição de mera influência simbólica, absorvida espontaneamente e adaptada ao que já existia. A metamorfose implementada denota outras compreensões, que transcendem as usuais sucessões normativas pelas quais a História do Direito brasileiro tantas vezes já passou.

É de se frisar que essa transformação do Direito Administrativo teve consequências igualmente sérias quanto à equação do exercício do poder econômico. Não se deu uma mera readequação da estrutura interna/funcional da Administração Pública. Os efeitos das reformas são mais amplos e, apesar dos contratemplos legais e institucionais, tanto a participação ativa/direta do Estado como a própria regulação econômica foram objeto de mudanças.

Não obstante a Administração ter se retirado do cenário econômico produtivo (ao menos de significativa parcela dele), permaneceu regulando ativamente o mercado. Bem verdade que muitas através de uma estrutura regulatória absolutamente diversa daquelas que dantes existiam, mas permaneceu regulando a economia. E notícias existem no sentido de que essa equação será novamente alterada, num compasso histórico talvez ainda mais apressado do que aquele que a instalou.³⁴⁴

Nesse ponto reside com especial nitidez a já mencionada mudança do modelo Estado Empresário para o do Estado Mínimo – o que implicou uma fragmentação no exercício do poder de intervenção e regulação econômica, que antes era detido primordialmente pelo Poder Executivo federal central.

Ora, não há vácuo em esferas de poder (político, econômico, regulatório etc.). Quanto menor o poder exercido pelo Estado (Administração, Legislativo e Judiciário), maior será o domínio do poder econômico privado; quanto menor o poder exercido pelo Executivo federal, mais intenso será aquele

³⁴⁴ A esse respeito, e mais uma vez o exemplo recorrente das agências reguladoras, v. PEDRO DUTRA (“Agências reguladoras: reforma ou extinção?”, cit.), EROS ROBERTO GRAU (“Notas sobre o anteprojeto de lei atinente às agências”, *RDPE* 4/111. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2003) e VITAL MOREIRA (“Agências reguladoras em xeque no Brasil”, in MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES e VITAL MOREIRA, *A mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 227/229).

titularizado pelos Estados e Municípios; e assim por diante ... O absolutamente vazio não existe em termos de poder, muito menos naquele econômico – caso o Estado se abstenha de regular a economia, ela será regulada pelos demais agentes do mercado (ou, num plano ideal, pela livre concorrência). A retração de quaisquer agentes, públicos ou privados, implica a imediata expansão de outros.

Pois o Estado brasileiro contemporâneo encontra-se não num momento de “vácuo institucional” da intervenção pública da economia, mas sim de redefinição e assentamento de competências. As fronteiras estão sendo definidas, com ânimo de conquista. Isso, reitera-se, derivado de mudanças sem par em nossa História recente.

Como não poderia deixar de ser, essas mudanças alarmaram alguns e tranquilizaram outros tantos operadores do mercado (o mesmo se diga em relação aos juristas). Daí as ponderações acerca da impossibilidade do retorno ao Estado anterior ou precariedade das mudanças. A compreensão do futuro da Reforma Administrativa do Estado (e de sua relação com a economia) é decisiva para a solução dos conflitos que ora se põem entre os diversos agentes econômicos (expressão ora usada em sentido amplíssimo).

Especificamente no que diz respeito à Reforma Administrativa do Estado, dar-se-á destaque à tese de BRESSER PEREIRA, devido a uma característica toda própria: desde o início esse autor aponta para a perenidade das mudanças operadas no plano da Administração Pública (a chamada “Reforma Gerencial”).

Veja-se as considerações consignadas num estudo escrito no calor das mudanças, que traz uma análise da aceitabilidade do Plano da Reforma Gerencial e de sua implementação. Foi publicado em 1998, logo após a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, cuja promulgação resultou no novo capítulo constitucional referente à Administração, “enquanto que as demais instituições da reforma foram transformadas em lei. As organizações sociais, as agências executivas e suas autonomias, os contratos de gestão, a política de terceirização, a nova política de recursos humanos passaram a fazer parte do sistema legal

brasileiro e passaram a poder ser implementados.”³⁴⁵ Já nesse momento, BRESSER PEREIRA vaticinava:

“Tudo indica que a Reforma Gerencial é irreversível. Será implementada gradualmente, ao longo dos anos. Sofrerá crises, vitórias e derrotas. Mas a tendência geral será no sentido de reduzir ao mínimo o caráter patrimonialista da administração pública, ao mesmo tempo que a administração pública burocrática é substituída pela gerencial. Essa irreversibilidade decorre de vários fatores: não se trata de uma mudança apenas brasileira, mas universal; o país está maduro para ela; a competitividade internacional exige o aumento da eficiência do setor público, a crescente demanda de que o Estado garanta os direitos sociais, exige que seus gastos nessa área apresentem uma relação custo-benefício muito melhor.”³⁴⁶

Bem verdade que o autor referia-se a parcela da Reforma, especificamente no que diz respeito à configuração administrativa e à grandeza do Estado brasileiro. Suas teses prestigiam a ideia desenvolvimentista do Estado, a impor uma intervenção sensata sempre que necessário à estabilidade social do País.

Contudo, cinco anos depois de implementada a Reforma Administrativa em sentido estrito e oito depois do início da Reforma Econômica, a irreversibilidade anunciada por BRESSER PEREIRA ainda não foi confirmada em sua plenitude. Alguns pontos foram consolidados, mas muitas das inovações frustraram-se na prática e permanecem num vazio teórico.

Tome-se como exemplo as agências executivas (instituídas normativamente em 1998), das quais até a presente data existe apenas uma no Brasil – o INMETRO.³⁴⁷ Também é importante destacar a ausência de legislação

³⁴⁵ *Reforma do Estado para a cidadania* São Paulo: Ed. 34; Brasília : ENAP, 1998, p. 334. BRESSER PEREIRA, então titular do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, defendeu com força e proficuidade a chamada “Reforma Gerencial” do Estado. O pensamento do autor e mesmo a essência da Reforma Administrativa implantada no Brasil serão melhor compreendidos pelo exame do conjunto de sua obra e respectiva abordagem dos vícios da economia e da tecnoburocracia brasileiras (quando menos, através da leitura de *Desenvolvimento e crise no Brasil*, cit.; “Cidadania e res publica – a emergência dos direitos republicanos”, cit., e *Economia brasileira: uma introdução crítica*, cit.).

³⁴⁶ *Reforma do Estado para a cidadania*, cit., p. 337.

³⁴⁷ Lei 9.649/1998, arts. 51 e 52, Decretos 2.487/1998 e 2.488/1998 (qualificação e organização de autarquias e fundações como agências executivas) e Leis 5.966/1973, 9.933/1999 e Decreto Presidencial de 29/07/1998 (instituem, regulam e qualificam de agência executiva o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO).

complementar à EC 19/98, que impede a sua total eficácia – tal como no caso do § 3º e incisos do art. 37, que exigem lei para disciplinar “as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”.

Por outro lado, muitas das mudanças que já eram objeto de intenso debate anterior vêm sendo reiteradamente questionadas pelo Governo empossado em janeiro deste ano de 2003. Isso mediante ações políticas e medidas legislativas concretas, das quais dois exemplos prestam-se a aclarar essa compreensão.

Ao final do Governo anterior, a precariedade da Reforma ficou clara com a “Câmara de Gestão da Crise Energética” – que transformou a agência reguladora independente ANEEL num membro de um órgão colegiado, presidido e subordinado ao Chefe da Casa Civil da Presidência da República.

Apesar de ser providência pontual e instantânea destinada a transpor momento de séria crise, a opção demonstra a instabilidade do modelo: justamente no momento de maior exigência, a agência reguladora do setor foi literalmente colocada num segundo plano, neutralizada que foi pelo Executivo central através de medidas provisórias.³⁴⁸

No atual Governo, um dos questionamentos mais visados diz respeito à autonomia das agências reguladoras e o reajustamento de tarifas públicas, tal como previsto nos contratos de concessão. Por exemplo, tornou-se público e notório o conflito institucional que se pôs entre o Ministro das Comunicações e a ANATEL, culminando no incentivo daquele ao ajuizamento de ações judiciais contra a mera homologação do reajuste contratual feita por esta (em cumprimento a cláusula expressa do contrato). O que, ao menos em sede de liminares, resultou na diminuição do reajuste nacional.³⁴⁹

³⁴⁸ A respeito da Câmara de Gestão da Crise Energética, vide nosso estudo escrito com LEILA CUÉLLAR, “As agências reguladoras brasileiras e a crise energética”. *IDAF* 13/07. Curitiba: Zênite, agosto/2002.

³⁴⁹ A profusão de ações cautelares foi objeto de Conflito de Competências no Superior Tribunal de Justiça (CC 39597/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, *DJ* 15.9.2003), que resultou em decisão do Sr. Ministro Presidente daquele Tribunal, confirmando a decisão singular que alterou o índice originariamente previsto no contrato: o reajuste não foi pelo IGP-DI (média de 28,75%).

Em suma: permanece o conflito em todos os planos político-institucionais. O espaço de poder está sendo definido quando do seu exercício por quem se arvora de sua titularidade. Conflitos que certamente não existiriam caso permanecesse o modelo anterior: a Câmara de Gestão da Crise Energética seria instituída mediante decreto e não usurparia a competência de ninguém; o Ministro das Comunicações simplesmente não autorizaria o reajuste da tarifa (eventualmente outorgando subsídios compensatórios com verbas públicas).

Bem verdade que nenhum dos exemplos questiona, frontal e definitivamente, o modelo de agências reguladoras independentes (uma das *pièce de résistance* da Reforma Econômico-Administrativa). As soluções são transversais e superficiais.

Porém, nada indica que os debates venham a ser arrefecidos. Muito menos se poderia afirmar que haverá um retorno ao modelo de Estado anterior ou uma consolidação *tout court* das Reformas Econômica e Administrativa em sentido estrito. A categoria das mudanças implementadas não permite essas alternativas num clima de estabilidade institucional. Tudo indica que haverá uma paulatina acomodação de camadas, com o velho instruindo a compreensão do novo. Mas uma profunda alteração, dantes jamais sentida por nosso Direito Público, já foi implementada.

Em conclusão, ousaríamos afirmar que a metamorfose pela qual passou o Direito Administrativo da Economia brasileiro pós anos 90 é ainda mais plena de revelações e mutações do que aquela operada quando do Estado Novo de 1937 ou do golpe militar de 1964 ou da promulgação da Constituição de 1988. Essa compreensão é fácil de ser explicada.

Tome-se por base uma comparação da Carta de outubro de 1988 em face daquelas que a antecederam. Apesar das loas que se fazem ao seu texto (o epíteto “Constituição-cidadã” é o melhor exemplo), a Constituição de 1988 é fruto da evolução e maturação política de um processo de ascensão, declínio e queda do Regime Militar. O Regime instalado depois do golpe de 1964 teve os seus momentos de glória institucional, derivados especialmente do assim auto-denominado

“milagre econômico”, unido ao apoio de parte da burguesia brasileira. Momentos esses compartilhados historicamente com a péssima distribuição de renda, severa repressão e constrangimento quanto aos direitos humanos e legitimidade democrática.³⁵⁰

Porém, o golpe de 1964 não havia produzido uma quebra da compreensão quanto à estrutura e atividade da Administração Pública. Nem tampouco implicou uma concepção diversa do relacionamento do Estado com os setores econômicos, mas apenas uma ampliação direcionada do exercício direto da atividade econômica produtiva. As estruturas do aparelho dos Estado foram até melhoradas e tornaram-se mais eficientes num primeiro momento. O Regime criou novas entidades à semelhança das então existentes e regularizou o regime jurídico geral delas (especialmente através do Decreto-Lei 200/67), mas tudo numa sistemática de continuidade histórica de ampliação do Estado-Empresário.

O mesmo se diga quanto aos regimes anteriores ao golpe de 1964. Tomando-se como ponto retrospectivo final o início da Segunda República (década de 1930), é claro notar que já existia a concepção de um Estado assistencialista dominador da economia. O aumento da Administração Pública (direta e indireta) e respectiva regulação econômica intrusiva vinham se acentuando desde então.

A linha evolutiva do Direito Administrativo instalado a partir de 1930 continuou a sua conservação, adaptação e ampliação do outrora existente. Em contrapartida, aumentaram-se as tarefas públicas, bem como o tamanho do aparato e a intensidade do dirigismo estatal (e mais ainda os gastos públicos). A rigor, as reformas pré anos 1990 apenas confirmaram o que de há muito já existia na Administração brasileira.

Ao seu tempo, a Constituição de outubro de 1988 tem um equivalente caráter de não-rompimento das instituições. Permaneceu a mesma estrutura

³⁵⁰ A respeito do crescimento econômico brasileiro da década de 60 e o agravamento das desigualdades, AVELÃS NUNES, *Crescimento econômico e distribuição de rendimento*, cit. Para uma rápida visão acerca do propalado modelo econômico, vide MARIO HENRIQUE SIMONSEN e ROBERTO DE OLIVEIRA CAMPOS, *A nova economia brasileira*, cit. Sobre as ilusões do regime militar e seus desdobramentos perversos, ELIO GASPARI, *A ditadura envergonhada* (São Paulo : Companhia das Letras, 2002) e *A ditadura escancarada* (São Paulo : Companhia das Letras, 2002).

administrativa que desde há muito vigia (Administração direta e indireta, estrutura hierarquizada) e prestigiou-se o caráter centralista do Estado, que atuava de forma intrusiva e direta na economia (congelamento de preços e salários, produção industrial etc.). O Texto Maior positivava o liberalismo econômico, mas o Estado comportava-se em antíteses a essa concepção (dentro da concepção de que seria uma economia mista). O dirigismo da economia permanecia forte e institucionalizado. Como apontou PROSPER WEIL, em escrito que se aplica largamente ao Direito Administrativo brasileiro, a origem disso pode ser atribuída ao “extraordinário emaranhado das realidades administrativas num Estado que quer ao mesmo tempo ser liberal e dirigista e no qual o aumento dos poderes e a extensão das atividades foram acompanhadas por um pulular de novos tipos de intervenção.”³⁵¹

Apesar de sua prolixidade e complexidade (o que levou doutrinadores de escol a qualificá-la de “documento barroco”³⁵²), a Carta de 1988 ampliou sobremaneira a compreensão democrática do relacionamento do Estado com o cidadão. Talvez seja esse o seu grande trunfo, pois tornou explícita uma gama de princípios referentes aos direitos e garantias até então inédita em nosso direito posto – claro que em resposta frontal ao longo regime repressivo anterior. As mudanças mais sensíveis (e mais celebradas) dizem respeito especialmente ao prestígio exacerbado dos direitos humanos e sociais.

Porém, reforce-se ser certo que a Constituição de 1988 não se imiscuiu com maior intensidade na direção de uma nova disciplina para o relacionamento do Estado-Administração com a economia. Isso gerou verdadeira consolidação das estruturas burocráticas e dos privilégios dos detentores de cargos públicos, acentuado pela manutenção do poder normativo do Executivo central (também através das medidas provisórias – instrumentos legislativos

³⁵¹ *O Direito administrativo*, cit., p. 31/32.

³⁵² A expressão vem da preciosa lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA, ao consignar que “a Constituição de 1988 é um documento barroco. Como a obra de arte barroca, que é rica em ornamentos e tem na opulência e no excesso seus traços mais característicos, assim também a Constituição sob a qual hoje vivemos insiste na riqueza, na abundância, na repetição, na reiteração em forma explícita do que nela já se contém e dela facilmente pode ser extraído pela interpretação.” (“Prefácio”, in: JOSÉ GUILHERME GIACOMUZZI, *A Moralidade Administrativa e a Boa-Fé da Administração Pública*. SP, Malheiros, 2002).



concebidos em tese para uso precário em situações de urgência e inevitabilidade, mas usados à larga).

A originalidade da nova fase do Direito Administrativo da Economia pós anos 90 reside numa mudança objetiva e subjetiva nunca antes experimentada na República.

A principal questão, consignada ao longo desta tese, consiste em saber se ainda pode se aplicar a lente idiossincrática construída pelos juristas para a interpretação do Direito Administrativo da Economia ao longo da História brasileira (especialmente a partir da Segunda República). Isto é, se a compreensão da intervenção do Estado na economia pode ser analisada segundo os mesmos parâmetros que antes se dava, ou se nada de novo ocorreu, ou se o novo subordina o antigo (ou vice-versa).

O que leva à tese central que vem emergindo desde a primeira página deste trabalho: apesar de o País ainda não dispor da consolidação de um novo modelo, não mais se vive no passado outrora construído. Está-se diante de um ponto de mutação, que se prolonga no tempo. Esse é o desafio que hoje se põe (mas que ainda não se chegou ao momento de o transpor).³⁵³

O desafio que a presente tese pretende implementar está em conferir legibilidade às mudanças implementadas no Direito Administrativo da Economia brasileiro, ao seu porquê e algumas de suas fronteiras. A evolução histórica do relacionamento entre o Estado brasileiro e a economia recentemente sofreu uma ruptura. O modelo anterior encontra-se degradingolado e o modelo atual ainda não se firmou de modo soberano. As leituras (especialmente da doutrina) são as mais diversas e antagônicas, confirmando o estado de incerteza.

³⁵³ Aliás, um dos sintomas desse prolongado estado de mutações está na produção da literatura científica do Direito. São comuns que recentes obras de peso tenham títulos (e conteúdo) que enfoquem a metamorfose do Direito Administrativo. Por todos, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000); PATRÍCIA BAPTISTA (*Transformações do direito administrativo*, cit.); FLORIANO PEIXOTO DE AZEVEDO MARQUES NETO (*Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002) e ODETE MEDAUAR (*O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.).

Porém, e rigorosamente, não seria exato afirmar que se ignora a natureza do Direito Administrativo da Economia brasileiro contemporâneo (apesar da patente ilegibilidade de suas contínuas mutações). Permanece a ideia-chave do Direito Administrativo, agregada de conceitos normativos que podem configurar uma aparente desarmonia com o que já estava positivado na tradição jurídica. Persiste também a positivação constitucional de um Estado Democrático de Direito de configuração capitalista, orientado pela dignidade da pessoa humana e justiça social.

Mas houve significativas mudanças na configuração e no exercício do Direito Administrativo da Economia. Resta saber se tais desconformidades são estruturais ou superficiais; se invadem a essência do Direito Administrativo da Economia ou se apenas envolvem uma mudança aparente, sem profundidade. Esse questionamento é sobremaneira pertinente, na medida em que houve alterações no altiplano constitucional (além daquelas legais, regulamentares e de política administrativa).

A constatação se agrava ainda mais pelo fato de que, apesar do teor de tais contradições, ainda não se firmou um nível de estabilidade nas mudanças, tampouco uma perspectiva de equilíbrio a curto prazo (nem na legislação nem na sua interpretação).

Por um lado, são mudanças historicamente recentes: têm pouco mais de dez anos o seu primeiro esboço. Por outro, a partir de 2003, o Brasil experimentou vários sintomas produzidos por esse conflito. O novo governo assumiu uma posição que poderia ser chamada de esquizofrênica, devido à nítida dissociação entre a ação e o pensamento: ao mesmo tempo em que prestigia as mudanças e nelas não produz alterações normativas, estimula oficialmente o desprestígio às mudanças recém-implementadas e seus efeitos.

Porém, isso é apenas um dos acidentes produzidos por algo mais profundo, cuja constatação que pode auxiliar no diagnóstico. O que importa é o que está por detrás desse sintoma, que surge de leituras contraditórias (e institucionais) acerca do Direito Administrativo da Economia brasileiro.



Essa busca de um sentido para esse momento de eterno vazio existencial (ou o presente ausente, entre o passado e o futuro) oriundo do rompimento abrupto de tradições construídas ao longo dos anos, retrata ao menos parte do Direito Administrativo da Economia dos dias de hoje. O hermeneuta não dispõe das mesmas normas (nem constitucionais nem legais), talvez nem sequer disponha de todos os mesmos princípios que foram consolidados ao longo do século passado. Nem mesmo sabe se disporá dos preceitos ontem instalados e hoje vigentes para disciplinar o amanhã. Mais do que isso: é de se cogitar se dispõe da mesma racionalidade que instruía a cognição do seu outrora estável sistema normativo.

Curitiba, janeiro de 2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., *L'américanisation du droit*. Archives de philosophie du droit, t. 45. Paris: Dalloz, 2001.

ALEXY, Robert. "Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático." Trad. de HECK, Luís Afonso. *Revista de Direito Administrativo* 217/67. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1999.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*, vol. I. 2ª ed., 5ª reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

ANDERSEN, Robert e DÉOM, Diane (coord.). *Droit administratif et subsidiarité*. Bruxelles: Bruylant, 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. "O princípio da proporcionalidade no direito econômico". *Revista de Direito Administrativo* 223/199. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2001.

_____. "Serviços públicos e concorrência". *Revista de Direito Público da Economia* 2/59. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003

AREEDA, Philip. "Essential facilities: an epithet in need of limiting principles". *Antitrust law journal* 58/841, 1990.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico*. 2ª ed. Granada: Comares, 2001.



ARMELLINI, Serenella. “Preludi alla configurazione premiale del diritto nell’età moderna: Hobbes e Spinoza”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. IV Serie, LIII, 1976.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Trad. de VERDERA Y TUELLS, Evelio. Barcelona: Bosch, 1964.

_____. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito – introdução e teoria geral*, 4ª ed. Lisboa: Editorial Verbo, 1987.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1990.

ÁVILA, Humberto. “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. *Revista Trimestral de Direito Público* 24/159. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira”. *Revista Interesse Público* 16/13. Porto Alegre: Notadez, out./dez. 2002.

BAER, Werner. *A economia brasileira*. 2ª ed. São Paulo: Nobel, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. “O Estado e a ordem econômica.” *Revista de Direito Público* 62/34. São Paulo: RT, abr./jun. 1982.

_____. “Natureza jurídica do zoneamento.” *Revista de Direito Público* 61/34. São Paulo: RT, jan./mar. 1982.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1967.

_____. “Novos aspectos da função social da propriedade no direito público.” *Revista de Direito Público* 84/39. São Paulo: RT, out./dez. 1987.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*, vol. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. “O tabelamento de gêneros pelos Municípios”, *Revista dos Tribunais* 127/24. São Paulo: RT, setembro 1940.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS JÚNIOR, Carlos S. de Barros. *Compêndio de direito administrativo*, vol. I. 2ª ed. São Paulo: RT, 1972.

BARROSO, Luís Roberto. “Agências reguladoras, Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. *Revista de Direito Administrativo* 229/285. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 2002.

_____. “Crise econômica e direito constitucional”. *Revista Trimestral de Direito Público* 6/32. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. “Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom para você também?)”. *Revista Trimestral de Direito Público* 20/29. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico.” *Revista Trimestral de Direito Público* 18/88. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. “A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços.” In ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *Revista de Direito*

da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – vol. XI (Direito da regulação). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*, t. 1. Buenos Aires: Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.

BIGOT, Grégoire. *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*. Paris: PUF, 2002.

BLOOM, Allan. “Rousseau – the turning point”. In BLOOM, Allan (ed.), *Confronting the Constitution*. Washington: AEI, 1990.

BOBBIO, Norberto. *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Ed. di Comunità, 1977.

_____. *Diritto e potere*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

_____. “Sulle sanzioni positive”. In *Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, t. I. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Teoria Geral da Política*. Org. BOVERO, Michelangelo. Trad. VERSIANI, Daniela Beccaccia. Rio de Janeiro: Campus, 2000

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Ed., 2002.

BORGES, José Souto Maior. “Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais”. *Revista Trimestral de Direito Público* 1/140. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. “Cidadania e *res publica* – a emergência dos direitos republicanos”, *Revista de Direito Administrativo* 208/147. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1997.

_____. *Desenvolvimento e crise no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Ed. 34, 2003.

_____. *Economia brasileira: uma introdução crítica*. 3ª ed. São Paulo: Ed. 34, 1998.

_____. *Reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

_____. e GRAU, Nuria Cunill. “Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal”. In BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos e GRAU, Nuria Cunill (orgs.). *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coords.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo, Max Limonad, 2002.

CAMPOS, Roberto de Oliveira e SIMONSEN, Mario Henrique. *A nova economia brasileira*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1974.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. de CORDEIRO, A. MENEZES. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno”. In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. *Estado de Direito*. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. “Existe um direito constitucional da regulação?”. *Revista do Advogado* 73/109. São Paulo: AASP, nov./2003.

_____. e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CARVALHOSA, Modesto. *A ordem econômica na Constituição de 1969*. São Paulo: RT, 1972.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CASSESE, Sabino. *Cultura e politica del diritto amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1971.

_____. “La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito”. In CASSESE, Sabino (org.). *Tratatto di diritto amministrativo: Diritto amministrativo generale*, t. I. Milano: Giuffrè, 2000.

CASTRO, Antônio Barros de e LESSA, Carlos Francisco. *Introdução à economia*. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. “Reflexiones en torno a la polemica sobre el origen del derecho administrativo”. In CHINCHILLA, Carmen; LOZANO, Blanca e DEL SAZ, Silvia. *Nuevas perspectivas del derecho administrativo*. Tres estudios. Madrid: Civitas, 1992.

CIRNE LIMA, Ruy. *Pareceres*. Porto Alegre: Sulina, 1963.

_____. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987.

COELHO, Luiz Fernando. “A experiência brasileira em direito do planejamento”. *Revista de Direito Público* 18/165. São Paulo: RT, out./dez. 1971.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Direito público*. Estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.



_____. “A função social da propriedade dos bens de produção”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 63/71. São Paulo: RT, 1986.

_____. “O indispensável direito econômico.” *Revista dos Tribunais* 353/14. São Paulo: RT, 1965.

_____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. “Um quadro institucional para o desenvolvimento democrático.” In JAGUARIBE, Hélio (coord.). *Brasil, sociedade democrática*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

_____. “Regime constitucional do controle de preços no mercado.” *Revista de Direito Público* 97/17. São Paulo: RT, jan./mar. 1991.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

COTRIM NETO, A. B. “Autarquias e empresas públicas.” *Revista de Direito Público* 20/48. São Paulo: RT, abr./jun. 1972.

_____. “A intervenção do Estado na economia”. *Revista de Informação Legislativa* 96/139. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1987.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. “Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas”. *Revista de Direito Administrativo* 209/43. Rio de Janeiro: Renovar, jul./set. 1997.

_____. “Prefácio”. In GIACOMUZZI, José Guilherme. *A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2002.

COUTO E SILVA, Clóvis do. “O planejamento na economia brasileira.” *Revista de Informação Legislativa* 109/43. Brasília: Senado Federal, jan./mar. 1991.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

_____. “Serviço de abastecimento de água e a suspensão do fornecimento”. *Revista de Direito Público da Economia* 3/131. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. “Direito ao uso dos serviços públicos.” *Revista Trimestral de Direito Público* 13/210. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. “Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações”. *Revista de Direito Administrativo* 223/29. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2001.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para o direito mundial*. Trad. de CHOUKR, Fauzi Hassan. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 134 ss.

DERANI, Cristiane. “A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da sua função social.”, *Revista Trimestral de Direito Público* 34/51. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. “Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade”. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito regulatório – temas polêmicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. *Parcerias da administração pública*. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINIZ, Eli. *Empresário, Estado e capitalismo no Brasil: 1930-1945*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

DOURADO, Maria Cristina Cesar de Oliveira. “O repensar do conceito de serviço público”. *Revista A&C* 6/75. Curitiba: Juruá, 2001.

DUTRA, Pedro. “Agências reguladoras: reforma ou extinção?” *Revista de Direito Público da Economia* 3/187. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003.

_____. “Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações”. *Revista de Direito Administrativo* 226/139. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2001.

_____. “Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo?” In *Livre concorrência e regulação de mercados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. *Taking rights seriously*. 8ª impr. London: Duckworth, 1996.

EIZIRIK, Nelson. “Monopólio estatal da atividade econômica”. *Revista de Direito Administrativo* 194/63. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1993.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAGUNDES, Márcia Margarete. “Teoria da captura do regulador de serviços públicos”. In SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla C. (orgs.). *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e direito concorrencial*. São Paulo: Paulista, 2003.

FARJAT, Gérard. *Droit économique*. 2ª ed. Paris: PUF, 1982.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. “Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente”. *Revista de Direito Público da Economia* 1/215, Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003.

_____. “Congelamento de preços – tabelamentos oficiais.” *Revista de Direito Público* 91/76. São Paulo: RT, jul./set. 1989.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1988.



FERREIRA, Eduardo Paz. *Direito da economia*. Lisboa: AAFDL, 2001.

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

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. “Intervenção do Estado no domínio econômico e breves considerações sobre as agências reguladoras”. *Revista de Direito Público da Economia* 2/257. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

FINGER, Ana Cláudia. “Serviço público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais”. *Revista A&C* 12/141. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

FLOGAÏTIS, Spyridon. *Administrative law et droit administratif*. Paris: LGDJ, 1986.

FONSECA, Tito Prates da. *Lições de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione* (a cura di AMIRANTE, Carlo). Trad. de RIEGERT, L. e AMIRANTE, C. Milano : Giuffrè, 1973.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FRANCO, António L. Sousa. Verbete “Direito económico/ Direito da economia”, in FERNANDES, José Pedro (dir.), *Dicionário jurídico da administração pública*, vol. IV. Lisboa: s/ed., 1991.

_____. *Noções de direito da economia*, vol. I (reimpr.). Lisboa: AAFDL, 1992.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Estudos de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and Freedom*. 40th anniversary ed. Chicago: Univ. of Chicago Press, 2002.

_____. “The social responsibility of business is to increase its profits”. *The New York Times Magazine*, 13 de setembro de 1970.

FURET, François e OZOUF, Mona. *Dicionário crítico da revolução francesa*. Trad. de MESQUITA, Henrique de Araújo. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

FURTADO, Celso. *O Brasil pós-“milagre”*. 8^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

_____. *Formação econômica do Brasil*. 30^a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001.

GALEANO, Eduardo. *De pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. Trad. FARACO, Sérgio. 6^a ed. Porto Alegre, L&PM Editores, 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, vol. I. 8^a ed. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Curso de derecho administrativo*, vol. II. 4^a ed. Madrid: Civitas, 1997.

GARNER, Bryan A. *A dictionary of modern legal usage*. 2^a ed. New York: Oxford University Press, 1995

GASPARI, Elio. *A ditadura envergonhada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *A ditadura escancarada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna: Il Mulino, 1995.

GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

_____. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Apontamentos de direito comercial*. Curitiba: Juruá, 1998.



GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

GORDILLO, Agustín. *Derechos humanos: doctrina, casos y materiales*. Reimpr. Buenos Aires: Fundacion de Derecho Administrativo, 1992.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, t. 1. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Tratado de derecho administrativo*, t. II. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GORE, Al (dir.). *Reinventar a administração pública: relatório do Vice-Presidente Al Gore*. 3ª ed. Trad. de MAGALHÃES, José. Lisboa: Quezal, 1996.

GOUVEIA, Rodrigo. *Os serviços de interesse geral em Portugal*. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Conceito de tributo e fontes do direito tributário*. São Paulo: IBET/Resenha Tributária, 1975.

_____. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

_____. "Notas sobre o anteprojeto de lei atinente às agências." *Revista de Direito Público da Economia* 4/111. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2003.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Planejamento econômico e regra jurídica*. São Paulo: RT, 1978.

GROTTI, Dinorá Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.



HAYEK, Friedrich A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 1960.

_____. *The road to serfdom*. 50th anniversary ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

_____. "Tendências do federalismo brasileiro." *Revista de Direito Público* 9/7. São Paulo: RT, jul./set. 1969.

HYMAN, David N. *Public finance: a contemporary application of theory to policy*. 6^a ed. Fort Worth: The Dryden Press, 1999.

IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil (1500-1964)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

JOSKOW, Paul L. "Deregulation and regulatory reform in the U.S. electric power sector". In PELTZMAN, Sam e WINSTON, Clifford (eds.). *Deregulation of network industries: what's next?*. Washington: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9^a ed. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. "Conceito de interesse público e a 'personalização' do direito administrativo." *Revista Trimestral de Direito Público* 26/115. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. "Empresa, ordem econômica e Constituição." *Revista de Direito Administrativo* 212/109. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.



_____. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. “União Européia – a esperança de um mundo novo.” *Revista de Direito Administrativo* 219/27. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000.

JUSTEN, Monica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003.

KAHN, Michael. *Freud básica: pensamentos psicanalíticos para o século XXI*. Trad. GUANABARA, Luiz Paulo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LAFER, Celso. *JK e o programa de metas (1956-1961): processo de planejamento e sistema político no Brasil*. Trad. de BENEVIDES, Maria Victoria de M. Rio de Janeiro : FGV, 2002.

LAGO, Luiz Aranha Corrêa do. “A retomada do crescimento e as distorções do ‘milagre’: 1967-1973.” In ABREU, Marcelo de Paiva (org.). *A ordem do progresso: cem anos de política econômica republicana (1889 – 1989)*. 16ª tir. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

LASCHERAS, Miguel Ángel. *La regulación económica de los servicios públicos*. Barcelona: Ariel, 1999.

LAUBADÈRE, André de. *Direito público económico*. Trad. de COSTA, Maria Teresa. Coimbra: Almedina, 1985.

_____, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*, t. 1. 15ª ed. Paris: LGDJ, 1999

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. “Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União.” *Revista Trimestral de Direito Público* 14/160. São Paulo: Malheiros, 1996.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*. 3ª ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1997.

LINHARES, Marcel Queiroz. *O princípio da proporcionalidade na regulação econômica*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, policopiado, 2002.

LINOTTE, Didier e DROMI, Raphaël. *Services publics et droit public économique*. 4ª ed. Paris : Litec, 2001.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, Lucía. “Las tarifas eléctricas: el caso español.” In ARIÑO ORTIZ, Gaspar (ed.). *Precios y tarifas en sectores regulados*. Granada: Comares, 2001.

LUTTWAK, Edward. *Turbocapitalismo: perdedores e ganhadores na economia globalizada*. Trad. de BRANT, Maria Abramo Caldeira e STEINBERG, Gustavo. São Paulo: Nova Alexandria, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. “A proteção dos usuários de serviços públicos – a perspectiva do direito do consumidor”. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

MAJONE, Giandomenico. *La Communauté européenne: un Etat régulateur*. Trad. de BAILLON, Jean-François. Paris: Montchrestien, 1996.

_____. *Regulating Europe*. London: Routledge, 1996.

MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*. Trad. de MONTEIRO, Maria José Cyhlar. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal”. *Revista de Direito Público da Economia* 1/69. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003.

_____. “A nova regulação dos serviços públicos”. *Revista de Direito Administrativo* 228/13. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2002.



_____. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Um curso de direito da concorrência*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito administrativo moderno*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. “A reforma monetária de 1990 – problemática jurídica da chamada ‘retenção dos ativos financeiros’ (Lei nº 8.024, de 12.04.1990)”. *Revista de Direito Administrativo* 186/26. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 1991.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “A Administração Pública e a revisão constitucional”, *Revista de Direito Administrativo* 187/48. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 1992.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. “O Estado e a economia na Constituição de 1988.” *Revista de Informação Legislativa* 102/5. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1989.

_____. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. “A reforma monetária e a retenção dos ativos líquidos no Plano Brasil Novo”. *Revista de Informação Legislativa* 108/49. Brasília: Senado Federal, out./dez. 1990.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional.” *Revista de Direito Administrativo* 218/93. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez./1999.

_____. “As agências executivas brasileiras e os ‘contratos de gestão’”, *Revista de Direito Administrativo* 229/135. Rio de Janeiro: Renovar, jul.-set./2002.

_____. “Agências reguladoras independentes, *déficit* democrático e a ‘elaboração processual de normas’.” *Revista de Direito Público da Economia* 2/221. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

_____. “Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e seus ‘vínculos contratuais’ com o Estado.” *Revista de Direito Administrativo* 227/309. Rio de Janeiro: Renovar, janeiro/março 2002.

_____. *Processo administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

_____. e CUÉLLAR, Leila. “As agências reguladoras brasileiras e a crise energética”. *Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal - IDAF* 13/07. Curitiba: Zênite, agosto/2002.

MOREIRA, Vital. *Administração autónoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

_____. “Agências reguladoras em xeque no Brasil.” In MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. *A mão visível – mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Auto-regulação profissional e administração pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. *Economia e Constituição: para um conceito de Constituição Económica*. Coimbra: s/ed., 1970.

_____. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4ª ed. Lisboa: Caminho, 1987.

_____. e MAÇÃS, Fernanda. *Autoridades reguladoras independentes: estudo e projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras*. Barueri: Manole, 2003.

MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica: limites jurídicos*. São Paulo: RT, 1979.

NIETO, Alejandro. *La 'nueva' organización del desgobierno*. 2ª reimpr. Barcelona: Ariel, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. "O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana". *Revista de Direito Administrativo* 219/237. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2000.

NUNES, António José Avelãs. *Crescimento económico e distribuição do rendimento (reflexões sobre o caso brasileiro)*. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1986.

_____. *Neoliberalismo e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. "Neo-liberalismo, globalização e desenvolvimento económico." Separata do *Boletim de Ciências Económicas XVI*. Coimbra, 2002.

_____. *Noção e objecto da economia política*. Coimbra: Almedina, 1996.

_____. *Os sistemas económicos*. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. *Teoria económica e desenvolvimento económico*. Lisboa: Caminho, 1988.

NUNES, Edson. "Agências regulatórias: gênese, contexto, perspectivas e controle". *Revista de Direito Público da Economia* 2/166. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico* 3ª ed. São Paulo: RT, 2001.

_____. "O desenvolvimento econômico como fim constitucional". *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 37/9. São Paulo: RT, jan./mar. 1980.

_____. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: RT, 1995.

_____. “A Ordem Econômica constitucional no Brasil.” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 65/12. São Paulo: RT, jan./mar. 1987.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. “O poder do Estado e o exercício da polícia administrativa.” *Revista Trimestral de Direito Público* 29/71. São Paulo: Malheiros, 2000.

ORLANDO, V. E. *Principii di diritto amministrativo*. 4^a ed. Firenze: G. Barbèra, 1910.

OTERO, Paulo. “Origem da intervenção económica em Portugal: notas para uma História do Direito Público da Economia.” *Revista de Direito Público da Economia* 4/169. Belo Horizonte: Fórum, out./dez 2003.

_____. *O poder de substituição em direito administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, vol. II. Lisboa: Lex, 1995.

_____. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PELTZMAN, Sam. *Political participation and government regulation*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. Trad. de SUÁREZ, Eduardo L. Mexico : Fondo de Cultura Económica, 2000.

_____. *Natural monopoly and its regulation*. 30th anniversary ed. Washington: Cato Institute, 1999.

PROSSER, Tony. *Law and regulators*. Oxford: Claredon Press, 1997.

QUADROS, Fausto de. *Direito das comunidades europeias e direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. “Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo”. In *Estudos de direito público*, vol. I. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989.

REALE, Miguel. “A Constituição e o Código Civil”. In *O Estado de S. Paulo*, 8/11/2003, p. A2.

_____. *De Tancredo a Collor*. São Paulo: Siciliano, 1992.

_____. “O poder na democracia”. In *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

REICH, Norbert. “Intervenção do Estado na economia (reflexões sobre a pós-modernidade na teoria jurídica)”. Trad. de AGUILLAR, Fernando Herren. *Revista de Direito Público* 94/265. São Paulo: RT, abr./jun. 1990.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.” *Revista Interesse Público* 4/23. São Paulo: Notadez, 1999.

ROEMER, Andrés (org.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000.

SACHS, Ignacy. *O gato de alicé: pensando o Brasil às margens do Sena*. São Paulo: Cortez, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Direito concorrencial – as estruturas*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. “Direito empresarial público.” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 112/9. São Paulo: Malheiros, out./dez. 1998.



_____. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMONI, Jorge Luis. *Teoría general de los servicios públicos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SCAFF, Fernando Facury. “Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade”. *Revista de Direito Administrativo* 224/323. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 2001.

_____. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. “Da Ordem Econômica na nova Constituição”. *Revista Forense* 222/19. Rio de Janeiro: Forense, abr./jun. 1968.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Trad. de SANTARRITA, Marcos. 2ª tir. Rio de Janeiro: Record, 1999.

_____. *Autoridade*. Trad. de RIBEIRO, Vera. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SHEEHAN, Eileen. “Unilateral refusals to deal and the role of the essential facility doctrine”, *World competition* 22(4)/67, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

_____. “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia.” *Revista de Direito Administrativo* 212/89. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1998.

SILVA, Vasco Pereira da. *Em busca do acto administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1998.



SIMONSEN, Mario Henrique. *30 anos de indexação*. Rio de Janeiro: FGV, 1995.

SKIDELSKY, Robert. *Keynes*. Trad. de MIRANDA, José Carlos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. “A experiência brasileira de Constituição econômica.” *Revista de Informação Legislativa* 102/21. Brasília: Senado Federal, abr./jun. 1989.

_____. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

STANLAKE, George Frederik. *Introdução à economia*. Trad. SEIXAS, Paula Maria Ribeiro de. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993

STIGLER, George J. (ed.) *Chicago studies in political economy*. Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1988.

_____. *The Citizen and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1975.

STIGLITZ, Joseph E. *Economics of the public sector*. 3ª ed. New York: W. W. Norton & Company, 2000.

_____. *A globalização e seus malefícios*. Trad. Bazán Tec. e Lingüística. São Paulo: Futura, 2002.

_____. e WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Trad. de HOFFMANN, Helga. Rio de Janeiro: Campus, 2003.

STOPPINO, Mario. Verbete “poder”. In BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*, vol. 2. Trad. Carmen C. Varrialle, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. 3ª ed. Brasília: Ed. UnB, 1991.

SUNDFELD, Carlos Ari. “A administração pública na era do direito global”. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coords.). *Direito global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. “Condicionamentos e sacrifícios de direitos – distinções”. *Revista Trimestral de Direito Público* 4/79. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. “Função social da propriedade”. In DALLARI, Adilson Abreu e FIGUEIREDO, Lucia Valle (coords.). *Temas de direito urbanístico*, vol. I. São Paulo: RT, 1987.

_____. “Introdução às agências reguladoras”. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

SUSTEIN, Cass R. “As funções das normas reguladoras”. Trad. de SCARPINELLA, Vera. *Revista de Direito Público da Economia* 3/33. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2003.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. “Ordem econômica. Concorrência e monopólio. Gás natural”. In *Temas de direito público*, 2º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “O poder de polícia e seus limites.” In *Temas de direito público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. “Presença norte-americana no direito administrativo brasileiro”. In *Temas de direito público*, 1º vol. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TEIXEIRA RIBEIRO, J. J. *Lições de finanças públicas*. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. de ANTUNES, José Engrácia. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.



UNGARETTI, Giuseppe. *A alegria*. Trad. CAVALCANTI, Geraldo Holanda. São Paulo: Record, 2003.

VARIAN, Hal A. *Intermediate microeconomics: a modern approach*. 5ª ed. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

VASCONCELLOS, Felipe Brito. “Aneel – A regulação do setor elétrico”. In MOLL, Luiza Helena (org.). *Agências de regulação do mercado*. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2002.

VAZ, Manuel Afonso. *Direito económico*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1990.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. “Intervenção do Estado e liberdade econômica no direito constitucional brasileiro”. In *As tendências atuais do direito público*: Estudos em homenagem ao prof. Afonso Arinos. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

_____. *A intervenção do Estado no domínio económico: o direito económico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VISCUSI, M. Kip; VERNON, John M. e HARRINGTON, JR., Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 3ª ed. Cambridge: The MIT Press, 2001.

WADE, H. W. R e FORSYTH, C. F. *Administrative law*. 7ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WALD, Arnaldo. “O direito da crise”. In WALD, Arnaldo (coord.). *O direito na década de 80: estudos jurídicos em homenagem a Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: RT, 1985.

_____.; MORAES, Luiza Rangel de; e WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a lei de concessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WEIL, Prosper. *O direito administrativo*. Trad. de PINTO, Maria da Glória Ferreira. Coimbra: Almedina, 1977.



WERDEN, Gregory J. "The law and economics of the essential facility doctrine", *Saint Louis University Law Journal* 32(2)/433, 1987.

YAZBEK, Otávio. "Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos". In GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Ed., 2001.

ZAVASCKI, Teori Albino. "Planos econômicos, direito adquirido e FGTS." *Revista Trimestral de Direito Público* 22/64. São Paulo: Malheiros, 1998.