

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Público

ANA CAROLINA SQUADRI SANTANNA

INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM
ECONÔMICA: REGULAÇÃO

Brasília - DF

2007

ANA CAROLINA SQUADRI SANTANNA

**INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM
ECONÔMICA: REGULAÇÃO**

Monografia apresentada à Banca examinadora do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para conclusão da pós-graduação em Direito Público.

Orientador: Prof. Paulo Gustavo Gonet Branco

Brasília - DF

2007

ANA CAROLINA SQUADRI SANTANNA

**INTERVENÇÃO ESTATAL NA ORDEM
ECONÔMICA: REGULAÇÃO**

Monografia apresentada à Banca examinadora do IDP – Instituto Brasiliense de Direito Público como exigência parcial para conclusão da pós-graduação em Direito Público sob a orientação do Professor

Aprovada pelos membros da banca examinadora em ____/____/____, com menção ____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof. Dr.
IDP

Integrante: Prof. Dr.
IDP

Integrante: Prof. Dr.
IDP

Dedico a monografia a toda minha família.

**"Nada na vida deve ser temido, somente compreendido.
Agora é hora de compreender mais para temer menos."**

Marie Curie, cientista. Foi a primeira mulher a ser laureada com o Prêmio Nobel - Prêmio Nobel de Física em 1903 pelas suas descobertas no campo da radioactividade; e Prêmio Nobel de Química em 1911.

(Polônia, 1867-1934)

RESUMO

A monografia estuda o Direito Constitucional Econômico no que diz respeito ao modelo político-econômico previsto na Constituição da República de 1988. Pesquisa-se a função reguladora (intervenção de direção) do Poder Público e os limites constitucionais impostos. A razão de ser de tais limites está na existência de uma ideologia adotada pela Constituição, que é de fundamental importância na interpretação das normas infraconstitucionais sobre regulação para que não violem preceitos constitucionais. Ademais, estuda-se a discricionariedade do legislador ordinário na regulação da economia - incluindo na noção de intervenção econômica a criação de serviço público pelo legislador ordinário - tendo em vista o déficit normativo da Constituição da República brasileira, bem como os efeitos dessa discricionariedade na regulação da atividade da venda de combustível (distribuição), isto é, como o sistema regulatório criado pela Constituição de 1988 reflete na definição de sua natureza jurídica e na liberdade da criação desse sistema.

Palavras-chave: Regulação. Estado regulador. Ideologia. Serviço público. Atividade econômica. Intervenção estatal na economia . Distribuição de combustível.

Abstract

This present work analyses the Constitutional economic law regarding to the political model and economic forecasts in the Constitution from 1988. There is also a research of the regulatory power of the Legislative and the constitutional limits established. The reason of these limits is explained by the existence of an ideology adopted by the Constitution, that is fundamental in the interpretation of the Statute about regulation in order to avoid violation in the constitutional rules. Besides, there is a study about the discretionarity of the Legislative in the economic regulation – including the notion of economic intervention, the creation of public service by the ordinary legislator - face the lack of rules of the Brazilian Constitution, besides all the effects of this discretionarity in the regulation in the fuel distribution activity, that is, how the regulatory system created by the 1988 Constitution impact in the definition of its juridical nature and in the freedom in the creation of this system.

Key words: Regulation, Regulator State, Ideology, Public Service, economic activity, State intervention in the economy and Fuel distribution.

SUMÁRIO

1. Introdução.....	9
2. Dos Princípios Constitucionais referentes à ordem econômica.....	14
2.1 Panorama dos modelos político-econômicos do Estado.....	14
2.2 Da ideologia constitucional.....	21
2.3 Estado regulador.....	24
2.4 Intervenção estatal x sistema capitalista.....	31
3 Princípios constitucionais limitadores da função legislativa.....	34
3.1 Princípio da Proporcionalidade.....	39
3.2 Princípio da Livre Iniciativa.....	44
4. Serviço Público.....	50
4.1 Regime Jurídico.....	55
5. Intervenção estatal na atividade de distribuição de combustível.....	59
6. Conclusão.....	64
7. Referências.....	66

1. INTRODUÇÃO

A pesquisa está inserida no direito Constitucional Econômico e trata basicamente da função regulatória prevista no art. 174 da Constituição da República. O tema está limitado na questão da discricionariedade do legislador ordinário acerca da regulação.

A monografia deverá inicialmente averiguar se a Constituição da República possui uma ideologia e se esta de alguma forma limita a atuação do Poder Legislativo.

Serão apresentadas algumas teorias a respeito da metodologia de hermenêutica constitucional, visando fundamentar a discricionariedade legislativa.

Tenho a intenção de iniciar um debate a respeito da discricionariedade legislativa no sistema regulatório, dando enfoque na possibilidade da livre escolha da natureza jurídica das atividades econômicas lato sensu, isto é, se atividade econômica ou serviço público.

A contribuição prática da pesquisa seria o oferecimento de um fundamento jurídico aos órgãos do Legislativo a respeito da possibilidade de mudança do sistema atual da regulação.

O tipo de pesquisa utilizado é a dogmática jurídica, tendo em vista que busca resolver um problema prático: a discricionariedade da regulação da economia. Neste trabalho adota-se a teoria neopositivista, haja vista que para o estudo do direito econômico não se deve ignorar outras ciências, principalmente, a Economia. A técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, isto é, as informações são retiradas de obras jurídicas e o método de procedimento é o monográfico com linguagem dissertativa e impessoalidade no texto.

A monografia se baseia principalmente na Constituição de 1988, a qual prevê que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito com fundamentos na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político. Trata-se dos princípios

fundamentais, que, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, estariam “enciclopedicamente” acima dos demais princípios constitucionais, na perspectiva hierárquica. Os restantes seriam os princípios gerais e os setoriais. “Assim é que, no Título I, inicia por enunciar os *princípios fundamentais*, à luz dos quais todos os demais princípios e preceitos da ordem jurídica brasileira haverão de ser contrastados, admitidos e interpretados”.¹

Em vista disso, a Carta Magna estabeleceu as finalidades as quais deve o Estado perseguir, cabendo ao Poder Público pôr em prática os programas previstos na Constituição, principalmente os do artigo 3º.²

Não obstante, o Estado Democrático pode assumir várias feições: social, liberal, neoliberal, social-liberal, etc.³, conforme a circunstância histórica. Significa isso que o Estado Democrático de Direito não exige do Poder Público um modelo político-econômico estático, mas permite uma flexibilidade na forma de se alcançar os objetivos constitucionais. De acordo com Alexandre Santos de Aragão, “Não se trata de um impensável ‘fim das ideologias, mas sim do imperativo de que todas as ideologias tenham a elas subjacentes o valor e, por que não dizer, a supra-ideologia, de manutenção e diálogo de todas as ideologias”.⁴

Neste mesmo posicionamento, Dalmo de Abreu Dallari afirma que a Constituição permite uma flexibilização para que ela atenda os “valores fundamentais de certo povo numa determinada época”⁵. Logo, o Estado deve ter em mãos instrumentos jurídicos de ordem econômica para se adaptar às circunstâncias históricas.

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 270.

² Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

III - promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 55.

⁴ Idem.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu, *apud*, ARAGÃO, *op. cit.*, p. 55.

Compreende-se, então, que há uma abertura constitucional quanto ao modelo político-econômico a ser adotado pelo Estado. Desse modo, percebe-se que é deixado propositalmente um espaço livre para a construção do ordenamento jurídico, especificamente quanto às normas de ordem econômica.

A relevância desse “vazio” constitucional está no fato de garantir maior dinamismo nas relações jurídico-econômicas, vez que à medida que for necessária a instituição de um novo modelo econômico para o país, será possível realizar essa mudança sem precisar alterar os princípios fundamentais da Constituição.

Portanto, forma-se a idéia de que a interferência do Estado na economia é como um pêndulo, ora há maior intervenção estatal na hipótese do setor privado não atender a sociedade conforme os princípios constitucionais previstos, ora o Estado se retrai. Veja, então, que há uma imprevisibilidade quanto ao futuro do modelo econômico, pois dependerá do resultado do mecanismo do mercado livre.⁶

Partindo do pressuposto de que a Constituição não pré-estabeleceu um modelo de Estado, carecendo as normas de ordem econômica de concretização, cabe analisar o papel do Estado como agente regulador. Em outros termos, seria possível afirmar a existência de discricionariedade legislativa referente à escolha dos meios de atuação estatal? Ressalta-se que não só o Poder Legislativo exerce o papel de concretizar a Constituição, como também o Poder Executivo contribui significativamente para a criação do ordenamento jurídico, na forma do artigo 174 da Lei Maior.

A concretização das normas de ordem econômica da Constituição da República faz-se relevante, haja vista a ausência de regras específicas sobre o modo de se conduzir a regulação. Como exemplo dessa implementação, o legislador regulou algumas atividades econômicas e serviços públicos, tais como o abastecimento nacional de combustível, o serviço de telecomunicações, os valores mobiliários, etc. Tendo em vista a presença de normas abertas da Constituição, a monografia visa estudar como se dá a intervenção do Estado na economia quanto ao aspecto regulatório e responder se o Poder Legislativo ou o Executivo tem discricionariedade para regular.

⁶ ZIPPELIUS, Reinhold, *apud*, ARAGÃO, *op. cit.*, p. 60.

Será usado como modelo de regulação o sistema criado pela Lei nº 9.478/97, que dispõe a respeito da política energética nacional e das atribuições da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP com fundamento nos artigos 174 e 238 da Constituição da República. Vejamos, respectivamente:

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.

A lei ordenará a venda e revenda de combustíveis de petróleo, álcool carburante e outros combustíveis derivados de matérias-primas renováveis, respeitados os princípios desta Constituição.

Num primeiro relance nas normas supracitadas, conclui-se precipitadamente que o Estado possui ampla liberdade para regular o abastecimento nacional de combustível. Dessa forma, o presente trabalho propõe uma pesquisa a respeito dos limites materiais previstos na Constituição quanto à produção de normas realizada pelo Estado regulador.

Primeiramente, farei um panorama na história sobre os modelos estatais que já existiram para depois ser estudada a presença de uma ideologia na Constituição da República de 1988. Visa com isso averiguar a existência de princípios e fundamentos na Carta Magna, de modo a limitar a função normativa do Estado. Sob esse aspecto, o presente trabalho visa reforçar a importância dos princípios na interpretação das regras constitucionais e infraconstitucionais.

Após será analisado o novo papel do Estado na sociedade contemporânea: a de regulador, estudando-se os princípios constitucionais que limitam a função reguladora estatal.

O instituto do serviço público será apresentado com o intuito de responder a questão acerca da liberdade de regulação, isto é, se é possível a criação do serviço público pelo Poder Legislativo. Ressalta-se que a instituição de um serviço público compreende a intervenção do Estado no mercado, haja vista que “retira” uma determinada atividade do âmbito privado para o público.

Ao final, serão aplicadas as conclusões parciais dos capítulos em relação à atividade de distribuição de combustível, de maneira a dar um exemplo concreto ao que for estudado na monografia. Mais especificamente, chegar-se-á a conclusão a respeito do quão discricionária é a regulação realizada pelo Estado- Legislador no âmbito da atividade de distribuição de combustível.

Além disso, a monografia se fundamenta na idéia de que a Constituição e as demais normas de direito econômico devem ser interpretadas segundo a ideologia adotada e predominante da época e do local de onde vigoram as leis.

2. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS REFERENTES À ORDEM ECONÔMICA

2.1. Panorama dos modelos político-econômicos do Estado

Muitas obras descrevem os modelos econômicos da história, retratando a evolução do Estado, passando de Liberal para Estado do Bem-Estar Social, chegando-se ao Neoliberalismo, sendo que neste trabalho será oferecida uma noção de cada um deles. Silvia Faber Torres afirma que é difícil não ser superficial ao se apresentar o panorama do pensamento político, tendo em vista que se trata de uma matéria extremamente complexa, além de não ter sido estudado linearmente por pensadores tão diversos, como Tocqueville e Mill, Dewey e Keynes, Hayec e Rawls ou Locke, Montesquieu e Adam Smith.⁷

Durante o período do Estado Liberal o mercado não admitia em regra a intervenção estatal. Predominava, assim, a liberdade absoluta do mercado. Segundo Leila Cuéllar no Estado Liberal o interesse público era concebido como uma consequência espontânea do livre mercado, como se a sociedade não precisasse da interferência estatal.

Entendia que os indivíduos deveriam ser livres para atuar no campo econômico, sem ingerências por parte do Estado, pois a atuação individual livre, traduzida pela máxima '*laissez faire, laissez passer, le monde va de lui-même*', engendraria necessariamente a satisfação do interesse social, a organização racional da economia e o funcionamento equilibrado do mercado.⁸

Deve-se advertir que o liberalismo se manifestou em épocas diversas de acordo com o estágio de desenvolvimento do país. Além disso, o liberalismo está associado ao surgimento do Estado Moderno que foi criado como protesto ao abuso do

⁷ TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

⁸ CUÉLLAR, Leila. Abuso de Posição Dominante no Direito da Concorrência Brasileiro. In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 30.

poder estatal^{9 10}, o absolutismo monárquico, que predominava no Antigo Regime quando não havia livre iniciativa econômica, mas sim o sistema feudal.

O liberalismo repercutiu-se em diversos setores da sociedade: no meio jurídico, político e econômico, tendo como principais características a importância do constitucionalismo como maneira de limitar o exercício do poder, consequência da instituição do Estado de Direito pelo liberalismo jurídico; a livre concorrência; a preocupação com os direitos humanos, que se restringia nos direitos de liberdade dos indivíduos em face do Estado, ou seja, exigia-se do Poder Público o dever de abstenção.

Para Eros Roberto Grau o que predomina no Estado moderno “é a apropriação, pela burguesia, dos monopólios da violência e da tributação, caracterizando uma entidade (*Sittlichkeit*) ainda não de todo permeada pela racionalidade como razão efetiva.”¹¹

A respeito do liberalismo econômico, assim o descreve Silvia Faber Torres:

O liberalismo econômico, que posteriormente tornou-se o principal alvo das teorias socialistas, tem como fundamento principal a crença no mercado, a revalorização do trabalho como fonte de dignidade, a defesa da propriedade privada como base do sistema econômico e da liberdade, a defesa da livre empresa e iniciativa privada, a defesa do lucro como estímulo e medida da economia e a admissão de intervenção estatal em casos excepcionais e, ainda assim, com a devida representação popular, sem que, contudo, tal interferência implique na substituição do mercado.¹²

Desse modo, havia uma grande confiança no livre mercado como solução dos problemas sociais. Nessa época, então, era evidente a dicotomia entre o público e o privado, de maneira que o Estado era a ameaça à liberdade individual.

⁹ TORRES, Silvia Faber, *op. cit*, p. 41.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Brasília: UnB, 1997. Verbete Liberalismo, p. 687. “Com efeito – completa, ainda, o autor – enquanto na Inglaterra se manifesta abertamente com a revolução gloriosa de 1688-1689, na maior parte dos países da Europa continental é um fenômeno do século XIX”, *apud*, Idem. (pé de página)

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed.. Malheiros Editores: São Paulo, 2006. p. 18.

¹² TORRES, Silvia Faber, *op. cit*, p. 47.

Apesar do liberalismo ter defendido a livre iniciativa, não significava a total ausência de intervenção do Estado na economia. Ao Estado cabia constituir e *preservar* o modo de produção através da elaboração de normas que instituía a propriedade, a legislação antitruste, o sistema monetário, o serviço de transporte, a política aduaneira, a polícia, etc. Ademais, cabia ao Poder Público *complementar* o mercado, modificando o sistema jurídico para se adaptar a novas formas de organização societária, sendo criados novos institutos no direito bancário e empresarial; *substituí-lo* quando havia debilidade da livre economia e *compensando-o* de forma a assumir as conseqüências da economia privada, como por exemplo, os danos ecológicos, a criação de política estrutural para fazer sobreviver um setor ameaçado, a economia agrícola, etc. Logo, vê-se que o Estado, desde tempos remotos, sempre esteve presente na economia, não podendo fazer uma dissociação entre Estado e sociedade civil.¹³

Todavia, o Estado liberal foi duramente criticado pelos teóricos do liberalismo social, em decorrência da falta de equilíbrio entre a livre iniciativa e a “igualdade de oportunidades por meio da liberdade positiva ou liberdade *para*, que demandava prestações estatais positivas, necessárias ao desenvolvimento pleno do indivíduo”¹⁴, segundo Silvia Faber Torres, isto é, a parte mais fraca da população tornava-se ainda mais pobre e esquecida. Em vista disso, o liberalismo seguia em direção aos propósitos da justiça social.

O declínio do Estado Liberal resultou na passagem do liberalismo absoluto para o Estado protecionista, devido aos desequilíbrios econômico e social ocorridos em função da “falta de homogeneidade entre os produtos ou serviços ofertados, a acumulação de capital, a concentração de empresas”, como diria Leila Cuéllar ¹⁵, a formação de massas proletárias, etc.

Todavia, Fábio Ulhoa Coelho confere uma outra razão para o início da acirrada intervenção estatal na economia: a ameaça ao capitalismo. Vejamos:

¹³ GRAU, Eros Roberto., *op. cit.*, p. 20 e 21.

¹⁴ TORRES, Silvia Faber, *op. cit.*, p. 48 e 49.

¹⁵ CUÉLLAR, Leila, *op. cit.*, p. 31.

Assim, o Estado não é mais ou menos intervencionista em função de critérios científicos, econômicos ou em função de opções livres que pessoas tomam reunidas em assembléias constituintes. O Estado é mais ou menos intervencionista em função das necessidades de preservação do sistema econômico dominante.¹⁶

Desse modo, à exceção do bloco socialista, predominou no século XX o Estado do Bem-Estar Social que consistiu na sua presença direta e ativa no mercado. Sem abandonar a liberdade econômica, tinha o Estado a justiça social como prioridade.

O Estado passou a prestar serviços essenciais e a regular diversos setores da sociedade, conforme expõe Paulo Bonavides:

(...) confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede o crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual.¹⁷

Dessa forma, substitui-se o livre mercado pela planificação estatal. A respeito disso, Sanchez Agesta distingue planejamento e planificação, sendo o primeiro a formulação de um plano que para o setor privado é indicativo, e o segundo a adaptação da economia ao plano estatal.¹⁸ Portanto, nesse período não existia nítida distinção entre o setor público e o setor privado.

Também afirmou Bobbio que não havia razão para se distinguir sociedade civil e Estado:

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: Carlos Ari Sunfeld (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 208, *apud*, TORRES, Sílvia Faber, *op. cit.*, p. 51 e 52.

¹⁸ AGESTA, Sanchez. Planificación Económica y Regimen Político. In: *Revista de Administración Pública* 1 (3): 32, *apud*, Idem, p.53 (pé de página).

(...) ao processo de emancipação da sociedade do Estado seguiu-se um processo de reapropriação da sociedade por parte do Estado, que o Estado, transformando-se de Estado de direito em Estado social e precisamente por ser 'social', mas se distingue da sociedade subjacente que ele invade por inteiro através da regulação das relações econômicas. Observou-se, que a este processo de estatização da sociedade correspondeu um processo inverso mas não menos significativo de socialização do Estado através do desenvolvimento das várias formas de participação nas operações políticas, do crescimento das organizações de massa que exercem direta ou indiretamente algum poder político, donde a expressão 'Estado social' poder ser entendida não só no sentido de Estado que permeou a sociedade mas também no sentido de Estado permeado pela sociedade.¹⁹

Todavia, esse modelo protecionista não prosperou em razão do dispêndio financeiro, do inchaço de responsabilidades atribuídas ao Estado²⁰, bem como em virtude da inflação e do desemprego.

O fim do Estado do Bem-Estar Social coincidiu com a incapacidade de investimento pessoal do Estado nos setores essenciais: econômico e social.

O fenômeno da crise do Estado do Bem-Estar Social ocupou lugar preponderante na produção teórica sociológica, econômica e jurídica dos países centrais nos últimos anos. Fomentou o ressurgimento vigoroso do neoliberalismo, das teorias auto-poiéticas, do discurso privatista, do individualismo metodológico, coincidindo historicamente, não por acaso, com o declínio veloz das economias planificadas no painel político do planeta.²¹

Com fundamento na crise do Estado protecionista procurou-se redefinir os limites do Estado no setor privado, retomando algumas características do liberalismo, sendo, porém, um novo liberalismo, haja vista a tendência de se encontrar um caminho

¹⁹ BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 51, *apud*, Idem, p. 56 e 57.

²⁰ TOLEDO, Gastão Alves. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 89: "Incumbiu-se, ademais, o estado brasileiro (e aqui entenda-se a federação brasileira) de encargos múltiplos, além das reais possibilidades para sua assunção, não se tendo medido, à época em que os constituintes se reuniram para elaborar a nova Carta, a capacidade material de atendimento dos mesmos. Isto redundou na montagem de um arcabouço jurídico incompatível com um mínimo razoável de *funcionalidade orgânica*. Queremos com tal expressão dizer que o excesso de atribuições de que o Poder Público se viu dotado e, conseqüentemente, da desmesurada ampliação do aparelho estatal em face dos requisitos postos por essas normas, acabou por colocar-nos diante de seu inexorável e simples descumprimento, resultado da imprevidência e do desconhecimento das condições fáticas ou reais do país, de que padeceram os fatores da Carta Magna, uma das razões pelas quais tem sucumbido a tantas emendas em um período tão curto."

²¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.

intermediário entre o Estado liberal e o Estado Social. No Brasil a conseqüência desse novo modelo econômico foi um processo de desestatização e a atuação do Estado como agente regulador.

Em substituição ao Estado Social, surge o social-liberalismo, que para Miguel Reale “é a compreensão social da teoria liberal”, não tendo relação com o neoliberalismo, já que este defende apenas um Estado mínimo, sendo o social-liberal uma escola preocupada com a questão social, no entanto, sem deixar de lado a livre iniciativa.²² Logo, o modelo social-liberal não se confunde com o liberalismo nem com o neoliberalismo, muito menos com o socialismo.²³

Essa nova fase do Estado impõe que a Administração Pública tome uma posição subsidiária, promovendo o bem social quando for somente necessário.

Um dado histórico demonstra essa mudança do modelo político. No Brasil, o texto original do primeiro anteprojeto da Comissão de Sistematização (junho de 1987) havia conferido ao Estado a função de controle da economia, além daquelas existentes no artigo 174 da Constituição. Outrossim, o planejamento estava previsto como imperativo para o setor público. Todavia, a função de controle foi eliminada do texto constitucional, bem como o planejamento passou a ser determinante para o setor público, em vez de imperativo.²⁴

Miguel Reale enfatiza que a Carta Magna “optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, intenso a toda e qualquer intervenção do Estado e o dirigismo estatal”.²⁵ Essa posição intermediária está presente no artigo 174 da Constituição, o qual reza que o Estado deve adotar a ordem econômica

²² REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 37, *apud*, TORRES, Sílvia Faber, *op. cit.*, p. 60.

²³ TORRES, *op. cit.*, p. 61: “(...) essa mudança de perspectiva da natureza e papel do Estado não implica, de certo, em reducionismo estatal como quis o liberalismo individualista e como querem, ainda hoje, algumas correntes neoliberais, senão que indica um sentimento geral favorável ao retorno da sociedade civil, manifestado em forma de novas combinações e ajustes entre as autoridades públicas, os mercados e as associações voluntárias.”

²⁴ TÁCITO, Caio. *Serviços de telecomunicações, telefonia móvel celular, empresa privada*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 242, out/dez 2005, p. 306.

²⁵ REALE, Miguel. Aplicações da Constituição de 1988. Editora Forense, 1990, p. 13, *In*: TÁCITO, Caio, *Serviços de Telecomunicações, Telefonia móvel celular, Empresa privada*, in Revista de Direito Administrativo nº 242, outubro/dezembro de 2005, p. 305

intervencionista, na medida em que o incumbe como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Particularmente, o Brasil foi palco de várias experiências econômicas, seguindo a tendência internacional, todavia, em períodos diferentes dos países centrais, variando o pêndulo da intervenção: da ausência total no mercado ao dirigismo estatal. Atualmente, a presente Constituição possui textos carentes de interpretação e ao mesmo tempo despidos de conceitos determinados, de maneira que não impõe uma atuação sempre inflexível do Estado na ordem econômica. Conforme Eros Roberto Grau, “A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma *ordem econômica aberta*. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que têm uma visão estática da realidade (...).”²⁶

Não é outro o ensinamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho que, referindo-se à elaboração da Constituição de 1988, apresenta o entendimento de que “o resultado desse entrechoque é uma constituição econômica compósita, suscetível de diferentes leituras, conforme se enfatizem estes e não aqueles princípios, estas e não aquelas normas.”²⁷ Neste mesmo sentido, Raul Machado Horta afirma que a Constituição Econômica é constituída por normas e princípios contraditórios que ora reproduz o capitalismo neoliberal ora segue no sentido do intervencionismo, podendo chegar, inclusive, ao dirigismo planejador.²⁸

Assumindo o Estado preponderantemente a função reguladora, isto é, deixando de atuar diretamente na economia para estabelecer regras de conduta dos agentes econômicos, cabe analisar o papel do Poder Legislativo na implementação do sistema regulatório.

Sobre a regulação da economia, não há regra constitucional que explicitamente restrinja a produção de normas infraconstitucionais sobre a ordem econômica. Todavia, a Constituição é o fundamento de validade do ordenamento

²⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 315.

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Econômica, In Revista de Direito Administrativo, vol. 178, out./dez. de 1989, p. 19, *apud*, TÁCITO, *op. cit.*, p. 305

²⁸ HORTA, Raul Machado. A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições In: A Constituição Brasileira de 1988 – interpretações, trabalhos do II Fórum Jurídico, edição Forense Universitária, 1988, p. 392, *apud*, TÁCITO, *Idem*.

jurídico, conferindo unidade ao sistema. Desse modo, pressupõe-se que a Constituição estabeleça as diretrizes a serem seguidas pelo Estado na produção de normas, inclusive e principalmente quanto à ordem econômica, haja vista que o valor social da livre iniciativa está previsto como princípio fundamental.²⁹ Portanto, não é certo afirmar que a legislação infraconstitucional não encontre na Constituição normas que limitem a regulação do Estado, pois ao menos os princípios fazem esse papel.

2.2. Da Ideologia constitucional

De acordo com Óscar Correias, as normas jurídicas sempre possuem um sentido ideológico. “O direito diz algo mais do que aquilo que é devido”³⁰. Trata-se da ideologia do direito, que é o estudo das idéias que existem por detrás das normas.

A Teoria da Crítica Jurídica é um método hermenêutico que busca em outros sistemas o caminho de se aplicar as normas jurídicas. Isso significa que o Direito não deve desprezar outras ciências, ao contrário do que dizia Kelsen, vez que a ciência jurídica nada mais é do que a institucionalização da realidade. A respeito sobre o conceito de Constituição, vejamos a seguinte passagem:

Outra corrente, liderada por Hans Kelsen, vê-as apenas no *sentido jurídico*; constituição é, então, considerada *norma pura*, puro *dver-ser*, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra constituição em dois sentidos: no *lógico-jurídico* e no *jurídico-positivo*; de acordo com o primeiro, constituição significa *norma fundamental hipotética*, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da constituição *jurídico-positiva* que equivale à

²⁹ KELSEN, Hans, Teoria pura do direito, 1979, p. 310, *apud*, BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 57: “A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra: e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. (...) Se começarmos por tomar em conta apenas a ordem jurídica estadual (estatal), a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado.”

³⁰ CORREIAS, Oscar. *Crítica da Ideologia Jurídica*: ensaio sócio-semiológico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995. p. 117.

norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau.³¹

Como base nessa idéia, deve-se atentar para a ideologia presente na Constituição a fim de que seja utilizada como um método hermenêutico, representando, assim, uma idéia predominante de uma determinada sociedade, corporificada em uma teoria.

Eros Roberto Grau defende a existência de uma ideologia constitucional. Segundo o mestre, “Por isso as soluções de que cogitamos somente poderão ser tidas como corretas quando e se coerentes com a ideologia constitucionalmente adotada”³².

Todavia, Washington Peluso Albino de Sousa ressalta que a Constituição da República do Brasil não adotou uma ideologia “pura”. Afirmar que as Constituições do passado e também a de 1988, combinou os elementos ideológicos de modelos “puros” e reuniu na Lei Magna. Portanto, a ideologia de um país é aquela constitucionalmente adotada.³³ Assim sendo, a ideologia a ser seguida pelo legislador infraconstitucional é o conjunto de princípios adotados pela Constituição vigente, sem prevalecer uma ou outra idéia.

Deste modo, não há o que estranhar pelo fato de uma mesma Constituição incorporar princípios ideológicos atribuíveis ao Capitalismo, ao Socialismo ou ao Comunismo como ideologias puras, pois se transfere ao aplicador e ao intérprete o buscar a sua conciliação ou a oportunidade de adoção de cada um deles.³⁴

Percebe-se, então, que a Constituição se trata de uma Lei com força política, principalmente quanto às normas de ordem econômica, haja vista a presença de vários princípios que objetivam orientar as escolhas da política-econômica a ser adotada pelo Estado. Isso significa que a Constituição é uma carta política, devendo as normas infraconstitucionais ser aplicadas conforme a ideologia adotada.

³¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16.ed. Malheiros: São Paulo, 1999, p. 40 e 41.

³² GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 167.

³³ SOUSA, Washington Peluso Albino. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 34.

³⁴ *Idem*, p. 35.

Celso Ribeiro Bastos cita Canosa Usera que afirma ser a Constituição uma norma que regule “situações profundamente políticas”.³⁵ Desse modo, a falta de determinação das normas constitucionais é propositadamente fruto de um acordo político, não havendo preceito que tenha passado despercebido por um compromisso político.³⁶ Vê-se, então, que a Constituição da República possui uma carga política muito forte, possuindo também uma ideologia, apesar de não ser “pura”.

Em relação à influência da política e da ideologia na interpretação das normas constitucionais, há a teoria da neutralidade, consolidada no final da década de 50 nos Estados Unidos, a qual defende a imparcialidade do intérprete, o qual deve deixar de se basear em uma doutrina econômica, social ou política para interpretar a lei somente de acordo com princípios gerais e neutros. Desse modo, primeiro o intérprete escolhe o método para depois chegar a um resultado, ao invés de se filiar a uma posição econômica, por exemplo, para daí fundamentar sua decisão.³⁷

No entanto, Luís Roberto Barroso critica o discurso da neutralidade, dizendo ser impossível se atingir tamanha imparcialidade a ponto que o “intérprete seja indiferente ao produto do seu trabalho”.³⁸ Outrossim, cada intérprete possui uma pré-compreensão a respeito do texto jurídico, vez que ao aplicar o Direito utiliza-se de conceitos adquiridos e absorvidos que influenciam no resultado da interpretação. Seria como, por exemplo, pedir a um padre discorrer sobre o aborto e os princípios

³⁵ BASTOS, Celso Ribeiro, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, p. 61 e 62, apud, TOLEDO, Gastão Alves, *O Direito Constitucional Econômico*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.93 (pé de página)

³⁶ BASTOS, *ob. cit.*: “(...) Portanto, a própria indeterminação de que se revestem as normas constitucionais é produto de um consenso político, vale dizer, é algo premeditado. Não há decisão do constituinte a ser descoberta pelo intérprete simplesmente porque ela não existiu. O que terá havido, nesses casos, será um mero compromisso político que, no mais das vezes, acaba por gerar, nas constituintes, normas de cunho programático. No mesmo diapasão, Paulo Bonavides enfatiza esta particularidade: ‘As relações que a norma constitucional, pela sua natureza mesma, costuma disciplinar, são de preponderante conteúdo político e social e por isso mesmo sujeitas a um influxo político considerável, senão essencial, o qual reflete diretamente sobre a norma, bem como sobre o método interpretativo aplicado.’”

Apesar da interpretação do operador ser jurídica, a política e a ideologia exercem forte influência na aplicação do Direito, concluindo Garcia de Enterría que : “Será certo, e sem dúvida o é, que os conflitos que haverá de resolver o Tribunal Constitucional terão necessariamente substância política, como é comum em todos os Tribunais desta espécie, supondo que operam sobre uma norma penetrada por essa substância em sua mais nobre expressão”, citado por BASTOS, Celso Ribeiro, *Idem*, apud, GASTÃO, *ob. cit.*, p. 93 e 94 (pé de página)

³⁷ TORRES, Silvia Faber, *op. cit.*, p. 111 e 112

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 254, apud, *Idem*, p. 113.

constitucionais pertinentes. Evidente que a tendência é desse intérprete utilizar os princípios constitucionais como fundamento para se proibir o aborto.

Ao invés de força política, Ferdinand Lassalle (precursor da Crítica Jurídica) entendeu que a Constituição é apenas uma “folha de papel”, sendo o Direito fruto dos fatores reais do poder, como a Monarquia, por exemplo³⁹. Entretanto, hoje a Constituição não é mais concebida como mera folha de papel, pois suas normas exigem uma atuação ativa do Estado para que este cumpra as metas previstas na forma de princípios e regras. Segundo Konrad Hesse, “a constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser,” e se ela não pode realizar nada, pelo menos impõe tarefas.⁴⁰

Por conseguinte, cabe ao Estado promover o bem estar social, porém, não necessariamente por meio de intervenção direta. (...) “À medida que os homens não estão todos nas mesmas condições, a omissão do Estado não faz nada mais do que perpetuar e aumentar as iniquidades, justificando-se a intervenção como o mecanismo regulador capaz de fazer com que os homens disponham das mesmas condições iniciais ou, ao menos, de evitar que não tenham quaisquer oportunidades”⁴¹. Não se deve reduzir a Constituição a uma folha de papel, mas entendê-la como um compromisso social do Estado.

Enfim, a Constituição é fruto de um consenso político, possuindo uma ideologia adotada, cabendo ao operador do direito observá-la ao aplicar as regras constitucionais e as de hierarquia inferior. Portanto, para se interpretar as normas constitucionais e as demais deve-se conhecer a ideologia adotada da época para se aplicar a norma de acordo com a realidade e para realizar as metas previstas.

2.3. Estado regulador

³⁹ LASSALLE, Ferdinandi. *A essência da Constituição*, Rio de Janeiro: *Lumen Júris*, 2001. prefácio, p. xii

⁴⁰ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, p. 15 e 19.

⁴¹ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 61.

No Brasil, a partir de recentes emendas constitucionais e com a realização de privatizações, o Estado deixou de ser o protagonista no mercado econômico, passando a se dedicar à função regulatória das atividades econômicas de interesse coletivo exercidas pelo setor privado.

A função regulatória se trata de uma das formas de intervenção estatal, porém menos “evasiva”. Segundo Eros Grau, intervenção seria a atuação do Estado na ordem econômica, sendo classificada da seguinte forma: intervenção por absorção ou participação, intervenção por direção e intervenção por indução⁴². Quando o Estado presta serviço público não há intervenção, pois essa atividade tem como titular o próprio Poder Público.

A intervenção por absorção é, na verdade, o monopólio estatal, isto é, ocorre quando a Constituição da República retira do mercado uma determinada atividade para que seja exercida somente pelo Poder Público; podendo ser, no entanto, contratadas empresas privadas para executar a atividade monopolizada, de acordo com a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 09/95.

Na intervenção por participação, o Estado concorre com o setor privado, conforme a norma prevista no artigo 173 da Constituição de 1988, enquanto que na elaboração de normas de comportamento compulsório referentes às atividades econômicas pertencentes ao setor privado, estará intervindo por direção.

Já a intervenção por indução seria a influência mediata na economia privada. Um exemplo disso é a promulgação de um Decreto que isente um determinado setor da economia a pagar ICMS. Evidente que a região onde foi instituído o Decreto irá atrair as empresas do ramo beneficiadas, porém, de forma indireta.

De acordo com o artigo 174 da Constituição da República, o Estado exercerá a função regulatória através da fiscalização, do incentivo e do planejamento. Sendo assim, a regulação se constitui das intervenções por direção e por indução, que abrange todas essas ações previstas na norma constitucional do artigo 174.

⁴² GRAU, *op. cit.*, p. 148.

Embora prevaleça atualmente a função regulatória, não há regra expressa na Constituição da República que imponha ao Estado o modelo político-econômico atual, tendo em vista a existência de princípios constitucionais abertos que permitem uma oscilação dos níveis de intervenção. Para isso, a ideologia não deve estar expressa na Carta Maior, exatamente para possibilitar uma maior atuação do Estado sem ter que alterar a base da Constituição.

Além disso, para que seja juridicamente possível a mudança do modelo econômico estatal, é necessária a presença de normas e princípios abertos na Constituição. De acordo com J. J. Canotilho, existem dois tipos de abertura, a horizontal e a vertical. A abertura vertical é a norma de caráter geral e indeterminado que permite a concretização pelo legislador. Já a horizontal significa incompletude⁴³.

A abertura de uma norma constitucional significa, sob o ponto de vista metódico, que ela comporta uma *delegação* relativa nos órgãos concretizadores; a densidade, por sua vez, aponta para a maior proximidade da norma constitucional relativamente aos seus efeitos e condições de aplicação⁴⁴.

Essa abertura das normas constitucionais é o que a diferencia da lei e, conforme Inocêncio Mártires Coelho expõe em seu trabalho, a concretização de suas regras e princípios dependem dos legisladores e de juízes.⁴⁵ Desse modo, entende-se que a Constituição possui um método próprio de interpretação, vez que a concretização de suas normas não pode se dar da mesma forma como nas leis infraconstitucionais. Ressalta-se, porém, que as especificidades da interpretação se limita na parte dos direitos fundamentais, isto é, aonde ela se distingue das leis. Ainda sobre o tema, o ilustre professor Inocêncio Coelho apresenta a interpretação constitucional realizada pela Corte Suprema, senão vejamos:

⁴³ CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, p. 1181.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 30.

No âmbito da jurisdição constitucional, o exercício dessa criatividade, a rigor, não conhece limites, não só porque as Cortes Constitucionais estão situadas fora e acima da tradicional tripartição dos poderes estatais, mas também porque a sua atividade interpretativa desenvolve-se quase que exclusivamente sobre enunciados abertos, polissêmicos e indeterminados, como são os preceitos que veiculam a chamada *matéria constitucional*.⁴⁶

Entretanto, no Brasil o Supremo Tribunal Federal não está fora dos Poderes do Estado, fazendo parte do Judiciário, conforme reza o artigo 92 da Constituição da República. Sendo assim, este órgão também deve respeito à Constituição, bem como deve atuar em harmonia com os outros Poderes.⁴⁷

Vê-se, então, que essa abertura das normas da Constituição possibilita “mutações constitucionais”, segundo o mesmo autor, que seria a evolução da interpretação das normas sem que ela seja formalmente modificada.

Essa ambigüidade das normas constitucionais significa ausência de uma ideologia *pura* imposta pela Constituição, existindo, na verdade, uma variedade delas, permitindo, assim, uma gama de fundamento filosófico que deve orientar os demais princípios e regras constitucionais. Dessa forma, o sistema constitucional autoriza a variação do modelo econômico conforme as circunstâncias históricas. A ideologia, no caso, seria a base filosófica do Estado seguida em um determinado momento. Afirmar que a Constituição é neoliberal-capitalista significa que o Estado protege esse sistema tanto no nível constitucional quanto no infraconstitucional. Todavia, fatores históricos podem influenciar um desejo de alteração do *status quo*, alterando-se, assim, as normas infraconstitucionais de ordem econômica e algumas de hierarquia constitucional, tendo em vista a ausência de regra expressa na Constituição da República do Brasil de um modelo econômico, por somente haver princípios contraditórios que precisam ser ponderados para serem aplicados, além de possuírem um conceito indeterminado.

J. J. Gomes Canotilho julga o Estado Democrático de Direito como “um *sistema aberto* porque tem uma estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e

⁴⁶ Idem, p. 42.

⁴⁷ Idem, p. 49.

capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’”.⁴⁸

Ademais, a Constituição seria um “processo público”, sendo influenciada não somente por fatores internos, mas também pela organização internacional e pela globalização econômica.⁴⁹

De acordo com Flávia Piovesan, “constrói-se o moderno Direito Constitucional na idéia de normas propositadamente abertas, sem a pretensão de abarcar tipicamente todas as hipóteses fáticas previsíveis. E assim há mesmo de ser, pois, mais que nenhuma outra lei, é da Constituição que, com primazia, se exige perenidade, ductibilidade, para fazer face às mudanças sociais e políticas em cada sociedade. E isso porque a obsolescência da norma constitucional acarreta, já se mencionou nesse estudo, a derrubada de todo o substrato de qualquer ordem jurídica”.⁵⁰

Igualmente, Konrad Hesse afirma que a parte econômica da Constituição deve ser deixada propositadamente em aberto para que se adapte às alterações históricas.⁵¹

Essa abertura das normas constitucionais é entendida, para os que defendem o método tópico-problemático, como um déficit normativo, incapaz de fornecer uma resposta a um caso concreto de imediato, cabendo ao intérprete estudar a Constituição e a partir daí solucionar o problema trazido. Dessa forma, a Constituição em si traria diversas interpretações possíveis, mas somente quando houver necessidade de sua aplicação, caberá ao intérprete optar por uma leitura dentre várias.

Noutro dizer, sendo a interpretação jurídica uma tarefa essencialmente *prática* – nesse domínio, compreender sempre foi, também, aplicar – e possuindo as normas constitucionais estrutura normativo-material *aberta, fragmentária e indeterminada*, daí decorre que a sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos aplicadores, o que transforma a *leitura*

⁴⁸ CANOTILHO, J. J. *apud*, ARAGÃO, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. *op. cit.*, p. 1436.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 377.

⁵¹ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 61, *apud* PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 378.

constitucional num *processo aberto de argumentação*, do qual participam, igualmente legitimados, os diversos operadores da constituição.⁵²

Também Vital Moreira expõe a importância das normas constitucionais abertas para o desenvolvimento da economia:

A característica mais notável das constituições económicas contemporâneas é o facto de incluírem em geral uma grade de disposições destinadas a informarem a política económica, isto é, conterem uma ordem económica directiva. Essas normas constitucionais apresentam-se como directrizes da atividade do Estado, prescrevem um certo programa de política económica. São directrizes políticas em termos de normas constitucionais.”

“(…) a constituição não deveria limitar a liberdade da política económica, porque, desse modo, se poderia pear o desenvolvimento da economia, bem como impedir as medidas de política que em cada momento se mostrem adequadas a situações não previstas e imprevisíveis.⁵³

Portanto, a Constituição é uma carta política com a presença de normas abertas e de uma ideologia *adotada*, nomenclatura que será explicada logo abaixo.

Eros Roberto Grau posiciona-se em sua obra, no sentido de estar presente na Constituição da República as “marcas” da ideologia adotada. Segundo o autor, a ordem constitucional optou por um sistema capitalista, mas, ainda assim, esse sistema não esclarece por si só o modelo económico optado pela Constituição.

Desse modo, em razão da Constituição da República não possuir normas que transparecem apenas uma única ideologia, além de conter déficit normativo, cabe ao Estado o papel de regular a economia.

Citando Washintong Peluso Albino de Souza, Eros Roberto Grau afirma que “*Ideologia*, aí, tem o sentido de ‘conjunto harmónico de princípios que vão inspirar a própria organização da vida social, segundo o regime que irá regê-la’. O direito positivo está condicionado à *ideologia constitucionalmente adotada*, que, em se tratando de Direito Económico, Washintong refere ‘princípios fundamentais e norteadores da vida económica, que nas Constituições modernas já vêm tratadas em *Título* ou *Capítulo*

⁵² COELHO, Inocêncio Mártires, *op. cit.*, p. 113.

⁵³ MOREIRA, Vital, *Economia e Constituição*, p. 117 e 118, *apud* GASTÃO, *op. cit.*, p. 292.

especial, geralmente designados por *Da Ordem Econômica* e chamados por muitos, de *Constituição Econômica*”⁵⁴.

O ilustre professor defende a posição de que a Constituição traçou recentemente uma ideologia a partir de emendas constitucionais promulgadas em 1995 com a abertura da economia brasileira ao mercado estrangeiro.⁵⁵

Evidente que a globalização influenciou e influencia a economia do país, de forma que o neoliberalismo não foi inventado pelo Brasil. A crise do modelo de bem-estar social levou o país optar pela “globalização dos mercados” que dispõe das seguintes diretrizes:

A necessidade de remover o entulho protecionista acumulado pelo modelo do Estado do bem-estar social, a necessidade de reduzir os custos de pesquisa e de produção, a necessidade de os países em desenvolvimento enfrentar solidariamente a competição com grandes países ou blocos de países e a necessidade de transformar qualitativamente os fluxos de comércio com o objetivo de priorizar os fatores de produção competitivos em cada país.⁵⁶

Portanto, como o Brasil está cada vez mais inserido no contexto internacional, dificilmente irá resistir a uma mudança no modelo econômico caso haja uma crise geral do neoliberalismo. Isso confirma a flexibilidade de conceito dos princípios constitucionais e a abertura das normas.

Reafirmando o exposto acima, Eros Roberto Grau apresenta observações de alguns ilustres autores a respeito da elasticidade das normas de ordem econômica⁵⁷. José Afonso da Silva salienta que apesar de hoje a Constituição ser capitalista, há espaço para a transformação da sociedade. Raul Horta Machado alerta que na Constituição existem cláusulas transformadoras que teriam a potencialidade de fundamentar um intervencionismo, dirigismo, nacionalismo ou à estatização.

⁵⁴ GRAU, *op. cit.*, p. 148

⁵⁵ *Idem*, p. 177.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 252.

⁵⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 191.

Outra forma de permitir uma flexibilização constitucional é a utilização da interpretação construtiva das normas constitucionais, *verbis*:

A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (Telos) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. (...) Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente⁵⁸.

Vimos, então, que a Constituição não pré-estabeleceu o modelo político-econômico de Estado ideal, se social ou liberal, mas previu que o Estado Democrático de Direito deverá atuar conforme os princípios constitucionais, sendo esses os fundamentos jurídicos da ideologia da sociedade atual. Isso porque se trata de uma carta política onde vislumbra o acordo social estabelecido em um determinado local e momento.

Mais especificamente, sendo a Constituição de 1988 um conjunto de regras e princípios abertos, no que diz respeito às normas de ordem econômica, não há um modelo econômico obrigatório para o Estado, devendo este promover o desenvolvimento social-econômico da forma que melhor entender, respeitando, todavia, os princípios constitucionais. Dessa forma, o Estado tem o dever de ser mais intervencionista na economia quando o setor privado não satisfizer os anseios da sociedade.

2.4. Intervenção estatal x sistema capitalista

⁵⁸ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 22 e 23.

De acordo com Fernando Herren Aguillar, o sistema capitalista não é contrário à intervenção estatal, ao invés disso, necessita da sua presença para permitir a livre concorrência.⁵⁹ Além disso, garante a infra-estrutura, protege por meio de normas jurídicas, etc. “Para que haja liberdade é necessário restringir a liberdade.”⁶⁰

Ressalta-se que, embora o mercado dependa do Estado, a Administração Pública não pode criar um sistema deliberadamente contrário aos interesses daquele. Isso porque o interesse do Estado em investir na economia está na presunção de que o setor privado irá indiretamente solucionar os problemas sociais, ou seja, existe um interesse “egoísta” de ambos os lados.

Como prova da presença antiga do Estado na economia, a Coroa Portuguesa criou uma gama de regimentos, cartas, decretos e estatutos que versavam sobre a ordem econômica desde o século XVI.⁶¹ Portanto, mesmo na presença do liberalismo mais exacerbado, o Estado sempre interferiu na economia, haja vista o interesse de ambos os personagens.

Logo, o que caracteriza o sistema capitalista não é a ausência do Estado na economia, mas a perseguição pelo lucro, sendo o papel do Estado o de propiciar os meios para isso. A presença da intervenção existe para preservar o princípio da livre iniciativa, vez que os agentes econômicos competem entre si e para alcançarem o lucro não costumam seguir regras éticas. Segundo Fernando Herren Aguillar é a utilidade que determina a ação maior ou menor do Estado sobre a economia.⁶² Portanto, o liberalismo não é essencial para o capitalismo, mas sim o *utilitarismo*.

Egon Bockmann Moreira enfatiza a permanência constante do Estado na economia, tanto na esfera federal quanto 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 contemporâneas: Cobra – Computadores e Sistemas Brasileiros; Petróleo Brasileiro S.A – Petrobras; Banco do Brasil; Caixa Econômica Federal; Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – Infraero; Centrais de

⁵⁹ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁰ *Idem*, p. 60.

⁶¹ *Idem*, p. 62.

⁶² *Idem*, p. 67.

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 entre as várias dezenas de empresas estatais federais descritas no Decreto nº 4.586, de 5 de fevereiro de 2003 (que aprova o 'Programa de Dispêndios Globais – PDG das empresas estatais federais').⁶³

Entretanto, é importante ressaltar a diferença feita por Tércio Sampaio Ferraz do intervencionismo para dirigismo estatal, tendo a Constituição de 1988 proibido somente este. O intervencionismo apresenta-se para favorecer o mercado, reconhece o direito de propriedade dos bens de produção, enquanto o dirigismo econômico “pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos”.⁶⁴

Confirmando a idéia de que o Estado deve interferir na ordem econômica (como sempre o fez), o artigo 174 da Constituição da República prevê a possibilidade de intervenção do Estado por meio de produção de normas de controle econômico⁶⁵, fiscalização, incentivo e planejamento, mas repudia o capitalismo de Estado.⁶⁶

⁶³ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata, In: CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann *op. cit.*, p. 56.

⁶⁴ FERRAZ, Tércio Sampaio, A economia e o controle do Estado, publicado no O Estado de S. Paulo em 04.06.89, p. 50, *in GRAU, op. cit.*, p. 186.

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren, *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999 p. 106.

⁶⁶ Embora o modelo atual de economia seja algo que deva significar vantagens tanto para o mercado quanto para o interesse social, Celso Antonio Bandeira de Mello critica em sua obra o Estado, conforme a seguinte passagem: “Diante da orquestrada zoeira da privatização, em diferentes partes do mundo, mas sobrepôs-se entre os sub ou semidesenvolvidos (como é natural) e até mesmo no Brasil – em despeito dos dizeres da Constituição -, chegou-se a apregoar o *fim da noção de serviço público* e uma suposta superação do Direito Administrativo até então existente, substituídos um e outro pelas maravilhas da livre iniciativa e da auto-regulação do mercado, tudo no melhor estilo e sotaque norte-americano. (...) A difusão deste repertório de *slogans*, dentro e fora do meio jurídico, já entrou de declinar, tanto pelos catastróficos resultados produzidos – a terrível situação da Argentina, que foi um modelo de docilidade, vale como paradigma – como porque a pretendida ocupação dos espaços econômicos a que se propunha já se completou com grande êxito para esta invasão econômica.(...)”

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA FUNÇÃO LEGISLATIVA

Viu-se que a Constituição é um conjunto de regras e princípios abertos, significando isso que seus textos não são um solucionador de prima dos problemas da realidade, havendo um déficit normativo em seu corpo, o que exige uma segunda ou terceira normatização das relações regidas pela Lei Maior. Sendo assim, cabe aferir o papel do Legislador, ou seja, o seu posicionamento diante da Constituição e a discricionariedade na produção de normas.

J. J. Gomes Canotilho apresenta três esquemas teóricos da relação constituição e lei.⁶⁷ A primeira delas enxerga a lei como mera executora da Constituição. Nessa relação, a lei estaria para a Constituição como o ato administrativo está para a lei, sendo que a discricionariedade seria um problema meramente de execução.

Outra relação possível seria a lei como aplicação da Constituição. Essa concepção de lei diverge do ato administrativo, vez que não precisaria o Legislador de permissão constitucional para produzir normas. Isso porque o “legislador é o órgão nato e natural da actividade legiferante destinada a dar aplicação aos preceitos constitucionais”.⁶⁸ A liberdade do legislador teria como pressuposto a indeterminação dos preceitos constitucionais e a ausência de resultados jurídicos nas normas da Constituição, conforme abordado acima. Entretanto, o Legislador sempre estará de alguma forma vinculado à Lei Maior.

Por último, ao Legislador cabe conformar a Constituição. Nessa função, o Estado tem um papel criativo, reunindo os princípios e regras constitucionais para a partir desses preceitos concluir a respeito da elaboração de uma política.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Lisboa: Editora Coimbra, 1982. p. 216.

⁶⁸ Idem, p. 217.

Essa actividade de ponderação, de valoração e de escolha implica que o legislador, embora jurídico-constitucionalmente vinculado, desenvolve uma actividade política criadora, não subsumível a esquemas de execução ou aplicação de leis constitucionais.⁶⁹

No entanto, autores divergem sobre o uso do conceito de discricionariedade do Direito Administrativo no âmbito legislativo. Na verdade, não seria uma transferência do conceito para ramos diversos do Direito, mas sim a existência de um tipo de discricionariedade para cada função do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, trata-se de tema extremamente polêmico, não muito explorado pela doutrina.

Ademais, para J. J. Gomes Canotilho, somente é possível conceber a discricionariedade legislativa diante de uma constituição dirigente. Constituição dirigente “é entendida como bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições”.⁷⁰

No presente trabalho, consideramos a discricionariedade legislativa fruto do déficit normativo da Constituição, o que equivale à necessidade de concretização do texto constitucional. Desse modo, o Estado-legislador teria uma determinada liberdade de aplicação, porém sempre vinculado *positiva* e *negativamente* pela Constituição. Logo, o Legislador deve atuar somente quando assim prever a Constituição e nos moldes impostos por ela. J. J. Canotilho atribui a isso a idéia da origem do Estado ser posterior à elaboração da Constituição, sendo esta a responsável pela sua criação e sua forma.⁷¹

Ora, se há uma vinculação do legislador à Constituição, caberia alegar discricionariedade legislativa? Vê-se, então, que na realidade a liberdade na produção de normas pelo Poder Legislativo é reduzida e encontra-se predominantemente na qualificação do interesse público. Desse modo, cabe ao legislador buscar na Constituição o fundamento para restringir ou ampliar determinado direito, sendo o conceito de interesse público equívoco, precisando ser esclarecido pelo Estado.

⁶⁹ Idem, p. 218.

⁷⁰ Idem, p. 224.

⁷¹ Idem, p. 249.

Por isso é que os interesses públicos prevalecentes que o legislador pode invocar para sacrificar ou restringir interesses ou direitos (é o caso dos direitos excepcionalmente sujeitos a limitações como a inviolabilidade de domicílio, direito de greve, etc.), tenham de considerar-se sempre como interesses *ex constitutione* e não interesses definidos em abstractos a ao sabor das constelações políticas no poder.⁷²

No entanto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto prevê uma mudança do monopólio do poder, que seria a sua *desmonopolização*, de forma que a noção de público não seria debatida somente no âmbito do Estado nem pertenceria exclusivamente a esse ente. Segundo o autor, o interesse público deve deixar de ser uma prerrogativa do Poder Público para tornar-se um tema a ser enfrentado também pela sociedade.⁷³

Assim é que questões como estatização *versus* desestatização, regulação *versus* desregulação, publicização *versus* privatização, intervenção *versus* desintervenção e quejandas, nada mais são que *falsos dilemas*, se consideradas genericamente, pois cada uma dessas relações necessita ser individualmente ponderada em situações concretas para terem um tratamento racional, do contrário não suscitarão mais que emocionadas confrontações estéreis, em que apenas componentes míticos, e mui provavelmente, radicalmente ideologizadas, fornecerão a vápida tônica argumentativa, que a nada conduz.⁷⁴

A citação acima ilustra bem a idéia de que ao Estado não cabe defender a existência de interesse público sem que haja uma análise real do caso concreto, vez que para cada problema a solução deve ser cuidadosamente estudada a fim de que o interesse público seja realmente perseguido. Para isso há necessidade de se ouvir a sociedade.

Caso, então, ocorra uma mudança no monopólio do poder e a noção interesse público não pertença exclusivamente ao Estado, caberia averiguar se restaria alguma discricionariedade legislativa.

⁷² Idem, p. 253 e 254.

⁷³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 254.

⁷⁴ *Id. Ibid.*, p. 255.

Também atento a essa questão, Sérgio Guerra afirma que é crucial saber se o Poder Legislativo tem discricionariedade para concretizar o sistema regulatório⁷⁵. Alega que para responder essa questão é necessário estudar os métodos hermenêuticos de textos constitucionais.

Um dos métodos de interpretação é estudado por Peter Häberle em sua obra que propõe uma questão a ser debatida na Teoria da Constituição: “a Constituição e a realidade constitucional”. Seriam duas perspectivas diversas: a Constituição e sua aplicação. Para Häberle o Parlamentar é um dos protagonistas da interpretação constitucional e que faz esse papel de precursor da Constituição e de representante do povo. Todavia, não seria esse órgão o único legitimado a interpretar a Constituição.

O legislador cria uma parte da esfera pública (*Öffentlichkeit*) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional. (...) Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição ⁷⁶.

Diante do exposto, caberia analisar a função legislativa perante o artigo 174 da Constituição da República do Brasil de 1988.

Primeiramente, vê-se que o Poder Legislativo possui fundamental relevância na aplicação das normas constitucionais, vez que dá origem a um subsistema, que é a regulação das atividades econômicas em sentido lato.

Portanto, ao legislador foi dada uma ordem para regular a economia e nos moldes impostos pela Constituição. Entretanto, como foi estudado, a Constituição contém normas contraditórias quanto à ordem econômica, não havendo, assim, uma regra explícita de como se deve regular o setor privado.

⁷⁵ GUERRA, Sérgio. *Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: Uma releitura do Modelo Regulatório Brasileiro*, In: Revista de Direito Administrativo, volume 243, set./dez. 2006, p. 178.

⁷⁶ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997. p. 27.

É nesta seara que a discricionariedade legislativa torna-se presente, vez que dentre os preceitos constitucionais divergentes entre si, o legislador regula conforme a entenda o que seja interesse público.

Exemplo. Embora a Constituição da República disponha de algumas atividades como serviço público e outras atividades econômicas de sentido estrito (monopólio da União), existe uma lacuna em relação a outras, haja vista a previsão da norma do artigo 175 e a ausência de definição do que seja atividade econômica, *in verbis*:

“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”

Embora, a Constituição proteja a livre iniciativa, ao mesmo tempo não define o que seja serviço público e atividade econômica, havendo um déficit normativo que deve ser complementado pelo Poder Legislativo conforme o interesse público.

É o que Häberle denomina de *Teoria da Legislação*, na qual se ultrapassa a fixação exclusiva da jurisdição como intérprete da Constituição aberta. ‘Teoria constitucional enquanto teoria da legislação deveria pesquisar (...) as peculiaridades da interpretação constitucional levada a efeito pelo legislador (contemplar-se-ia, assim, a alta relevância do Direito Parlamentar)⁷⁷.

Enfatiza-se que foi a partir de Konrad Hesse que se iniciou o estudo da concretização das normas constitucionais, significando a interpretação constitucional como realizador da Constituição, haja vista que seu conteúdo não é unívoco.⁷⁸

Além do Poder Legislativo, o Executivo também produz atos normativos que dão eficácia às normas constitucionais. Exemplo disso é o artigo 192, inciso III da Constituição que determina que “em Lei Complementar sejam definidas as condições para a participação do capital estrangeiro nas instituições financeiras, tendo em vista especialmente os interesses nacionais e os acordos internacionais. Por sua vez, o art.

⁷⁷ GUERRA, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁸ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: SAFE, 1998. p. 61, *apud* PIOVESAN, Flávia, *op. cit.*, p. 376.

52, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, vedou a instalação no país de novas agências de instituições financeiras até que seja elaborada a referida Lei Complementar, fixando as condições de sua admissão.

Porém, o parágrafo único do mesmo art. 52 do ADCT ressaltou que essa vedação não se aplica quando o ingresso de instituição financeira for de interesse do Governo brasileiro.⁷⁹

Assim sendo, conclui-se que a função legiferante é vinculada tanto positiva quanto negativamente pela Constituição, restando discricionariedade nas hipóteses em que o Poder Legislativo deve optar por uma opção, dentre várias, conforme o fundamento constitucional atribuído perante princípios contraditórios na Lei Maior.

3.1. Princípio da Proporcionalidade

Visando exercer um controle sobre a função normativa, foram estabelecidos princípios constitucionais orientadores da ordem econômica. Alexandre Santos de Aragão diz ser o princípio da proporcionalidade o sinalizador e limitador da atuação estatal⁸⁰, tanto na forma omissiva quanto na comissiva.

Flávia Piovesan entende que “os próprios princípios constitucionais, atente-se, são tratados por fundamentais ao sistema jurídico e, segundo Larenz, exerciam uma função de bloqueio, na exata medida em que *‘cuando um ordenamiento, como ocurre com el nuestro, há elevado determinados principios al rango constitucional, basta que se compruebe que una norma es inconciliable com tales principios para que haya que rechazar su validez’*”.⁸¹

Karl Larenz distinguiu os princípios entre “abertos” e “normativos”.

Os primeiros significariam a motivação da lei, guias para a legiferação, situando-se numa etapa primeira, na concretização dos dizeres constitucionais,

⁷⁹ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁰ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 120.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *op. cit.*, 2003. p. 373.

tais como a auto-determinação, a busca pela plena igualdade: já os segundos, gozando de maior concretude, incidiriam imediatamente, conforme as situações fáticas, tais quais o *non bis in idem*; *nulla poena sine lege*.⁸²

Sendo assim, o que limita negativamente a discricionariedade normativa é o princípio da proporcionalidade, vez que essa norma mostra um critério quase objetivo a ser adotado na escolha de algumas opções de regulação. Nesta perspectiva, através do princípio da proporcionalidade, o legislador define o sistema regulatório brasileiro: se a regulação será realizada por uma entidade com personalidade jurídica diversa da Administração Pública Direta; as atribuições da entidade reguladora; o grau de intervenção na atividade econômica, etc.

Princípio da Proporcionalidade significa adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Desse modo, adequação significa os meios escolhidos pelo legislador devem ser capazes de atingir as metas estabelecidas pela Constituição. Ex: regular mais intensamente uma atividade econômica irá garantir o desenvolvimento socioeconômico de alguma região do país (art. 3º)?

O pressuposto necessidade está relacionado à atuação subsidiária do Estado no mercado, devendo a intervenção ser menos drástica quando o setor privado estiver satisfazendo o interesse coletivo. O Estado deve se abster de intervir de forma direta na economia quando o mercado atuar de um modo que traga benefícios sociais.

A proporcionalidade propriamente dita seria a justificativa dos meios para se alcançar o fim. Ex: Se o mercado não está atendendo o interesse da coletividade, deve o Estado intervir na medida em que a situação volte a beneficiar o interesse público.

Segundo Alexandre Santos de Aragão, o princípio da subsidiariedade deriva do princípio da proporcionalidade⁸³, mais precisamente do elemento necessidade.

Egon Bockmann Moreira define princípio da subsidiariedade do seguinte modo:

⁸² Metodologia da Ciência do Direito, 3. ed., trd. José Lamego. Fundação Calouste Gulbekian, Lisboa, 1997p. 177/8, *apud*, *Id. Ibid*, p. 375.

⁸³ ARAGÃO, *op. cit*, p. 132.

Em primeiro lugar, a subsidiariedade diz respeito precipuamente aos lindes da 'exploração direta de atividade econômica 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 intervenção porque requisitada pelas falhas daquele determinado setor econômico.⁸⁴

É importante registrar que a subsidiariedade não significa apenas a abstenção estatal, nem deriva do neoliberalismo, mas também determina a intervenção do Estado quando o setor privado não estiver satisfazendo o interesse público. Exemplo. A Constituição da República determina que a lei deverá dispor sobre a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional (artigo 177, § 2º, inciso I). Por sua vez, a Lei nº 9.478/97 prevê no art. 8º, inciso XV, que a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis deverá regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis. Caso as empresas distribuidoras de derivados de petróleo não estejam garantindo o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, caberia ao Estado intervir nessa atividade para fazer cumprir um princípio de ordem constitucional? De acordo com o princípio da subsidiariedade, a resposta é positiva: deve o Estado intervir nessa atividade para garantir o fornecimento de derivados de petróleo.

Segundo ensina Paulo Otero, o princípio da subsidiariedade encontra fundamento no Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, além de outros princípios constitucionais, sendo esses aspectos justificadores da presença constante do Estado na economia, atuando como regulador do mercado.⁸⁵

De acordo com Juan Carlos Cassagne o princípio da subsidiariedade "vincula o Estado e lhe impõe o dever de intervir, na hipótese de insuficiência da iniciativa privada,

⁸⁴ MOREIRA, Egon Bockmann, *op. cit.*, p. 92.

⁸⁵ OTERO, Paulo. Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado, Ed. Coimbra, 1998. p. 18/19, *apud* ARAGÃO, *op. cit.*, p. 133.

à medida que a sua ingerência seja socialmente necessária e não suprima ou impeça a atividade dos particulares”.⁸⁶

Edson Ricardo Saleme afirma que “como desdobramento do próprio conceito de subsídio, a Administração deveria levar a cabo todas as atividades que os particulares não queiram, não saibam ou não possam executar por sua conta. O Estado somente agiria em caráter temporário e cessaria tão logo houvesse a disponibilidade do particular em realizar a atividade”.⁸⁷

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, existem outros que são conexos ao princípio da subsidiariedade, como o *bem comum*, que seria a manifestação positiva da subsidiariedade, vez que o Poder Público não pode deixar de observar as questões sociais, bem como tem o dever de fomentar e auxiliar o setor privado. Ademais, o bem comum não se trata de um conjunto de bens individuais, mas sim no agrupamento de benefícios concedidos à iniciativa privada para que esta se desenvolva a partir de suas qualidades.⁸⁸ Logo, o Estado deve fornecer condições favoráveis ao mercado para que este progrida e seja o responsável pelas suas escolhas. Esse seria um aspecto do princípio da subsidiariedade, que é a organização da sociedade pelo Estado. Vejamos uma excelente explanação sobre o bem comum:

Entendido como conjunto de meios que torna possível a realização pelos membros da sociedade de seus encargos culturais e vitais, pertencem ao bem comum, em especial, o ordenamento jurídico e as instituições que o garantam; as instituições que pertençam à comunidade e redundem em benefício de todos, como por exemplo, as instituições de ensino, saúde, comunicação; as instituições de previdência social; e, em menor grau, as instituições que garantam a existência da sociedade, como o exército.⁸⁹

Igualmente, o pluralismo social é corolário do princípio da subsidiariedade, vez que como se presume a vida em coletividade, levando-se em consideração no momento de uma decisão a existência do indivíduo, do Estado e das associações ou de

⁸⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. *La Intervención Administrativa*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot. 2. ed., p. 22/3, *apud* ARAGÃO, *ob. cit.*, p. 135.

⁸⁷ SALEME, Edson Ricardo. Formas de Desestatização: aspectos jurídicos, mimeo, p. 104 (fonte: Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, *in* ARAGÃO, *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸ TORRES, Sílvia Faber, *ob. cit.*, p. 73, 74 e 75.

⁸⁹ *Idem*, p. 77 e 78

grupos. Portanto, cabe ao Estado regular as relações sociais de forma que os grupos tenham um conjunto de normas onde possam encontrar regras de formação e estruturação. Como exemplo, é dever do Estado regular o setor de distribuição de combustível automotivo, pois sem as normas que os instituem, a sua formação seria desorganizada e diversificada excessivamente, prejudicando de tal maneira tanto o mercado quanto o consumidor. Desse modo, o papel subsidiário estaria na presença do Estado para estabelecer normas que organizem uma sociedade complexa, como a criação de uma empresa.⁹⁰

Também o princípio da subsidiariedade é complementado pelo da solidariedade, que consiste na cooperação entre Estado e sociedade na perseguição do interesse público.

Embora o princípio da subsidiariedade esteja sendo analisado nesse trabalho sob o aspecto econômico, ele é também empregado em outras esferas de relação, como no direito social, na distribuição de competência, na ética política, etc.

Na ordem econômica, a subsidiariedade está focada na relação entre o Estado e o particular, buscando “harmonizar a coexistência do poder público e a iniciativa privada e a coexistência da propriedade pública e privada dos bens instrumentais”⁹¹, conforme alega Silvia Faber Torres. O princípio da subsidiariedade é de certo modo uma distribuição de competências entre os setores público e privado, pois determina a quem pertence determinada atividade. Todavia, esse critério deve ser utilizado somente quando a Constituição nada disser a respeito, pois se a Carta Magna estipulou que uma atividade será serviço público, evidente que o legislador ordinário não poderá modificar essa regra.

Observa-se, então, que o princípio da subsidiariedade contém uma carga ideológica, pois está diretamente relacionado com o princípio da livre iniciativa, outro princípio que aponta uma opção do constituinte originário pelo sistema capitalista, não tendo como intérprete ficar neutro em relação a isso, conforme supramencionado.⁹²

⁹⁰ Idem, p. 84.

⁹¹ TORRES, Silvia Faber, *op. cit.*, p. 97.

⁹² Idem, p. 107 e 108: “(...) é bem de ver que analisá-lo alheio a comprometimento ideológico, porém, é tarefa extremamente árdua, em especial se a apreciação sobre o livre desenvolvimento da subjetividade

Salienta Silvia Faber Torres que atualmente não há uma guerra entre capitalismo e socialismo, mas entre “perspectivas diversas de um mesmo sistema”. Alega a autora que o capitalismo saiu vencedor, lembrando as seguintes palavras de Michel Albert, transcrita por Oscar Dias Corrêa: “Hoje, e pela primeira vez na História, o capitalismo ganhou, verdadeiramente. Em toda a linha. É uma questão acabada. Talvez a maior questão do século”.⁹³ Entretanto, ainda existem alguns países que não aderiram ao capitalismo nem podemos afirmar que esse seja um modelo ideal.

Enfim, devido à vinculação do Estado à Constituição, os princípios constitucionais deverão ser impostos coativamente caso os Poderes Legislativo e Executivo não os realize espontaneamente, cabendo ao Judiciário anular os atos normativos inconstitucionais.⁹⁴

3.2. Princípio da Livre Iniciativa

A presença da ordem econômica na Constituição da República deu-se em 1934, que refletia a propensão iniciada pela Constituição de Weimar de 1918 e pela Constituição mexicana de 1917.⁹⁵ Todavia, a curta vigência dessa Carta Política impediu um desenvolvimento prático a respeito do tema.

Já a Constituição outorgada de 1937 prestigiava o “corporativismo como forma de associação da iniciativa privada, sob orientação do Conselho de Economia Nacional, ao qual poderia, inclusive, serem conferidos poderes legislativos, mediante plebiscito

residir no campo jurídico-econômico, cuja análise se condiciona, indubitavelmente, à ideologia que, a sua vez, influencia a política econômica e a própria ordem jurídica.”

⁹³ CORRÊA, Oscar Dias. As crises do capitalismo e as crises do socialismo. Evolução para o societarismo ou societismo”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro 2: 70, *apud*, Idem, p. 110.

⁹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 56.

⁹⁵ TÁCITO, Caio, *op. cit.*, p. 303.

(arts. 57 e 63)".⁹⁶ Na verdade, preponderou o intervencionismo exacerbado por meio de autarquias econômicas e de empresas públicas.⁹⁷

Em 1970 Caio Tácito já afirmava que a Constituição brasileira era (e ainda é) inspirada no regime capitalista, possuindo como base o princípio da livre iniciativa. No parecer publicado naquele ano, comenta na seguinte passagem a respeito do princípio mencionado:

A organização e exploração das atividades econômicas competem, preferencialmente, às empresas privadas, preceitua o art. 170 da Constituição e o monopólio estatal de determinada indústria ou atividade não pode ser instituído senão mediante lei e para fins especificados (...).⁹⁸

O capitalismo é fundado na livre iniciativa, o que significa para Cuéllar a "liberdade de acesso ao mercado, ao exercício da generalidade das atividades econômicas, sem necessidade de prévia autorização do poder público, salvo as exceções legais. Abrange igualmente a subsidiariedade de exploração estatal de atividade econômica".⁹⁹

Contudo, ao contrário do que se pregava no período do Estado Liberal, a liberdade de iniciativa no sistema constitucional atual não é absoluta, devendo o mercado respeitar os princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho. A partir da necessidade de se resguardar os princípios mais relevantes, quanto ao aspecto axiológico, revela-se fundamental a presença do Estado como ente regulador da economia.¹⁰⁰

Nelson Eizirik adota uma posição bem restritiva em relação à intervenção econômica do Estado, alegando que ela deve se dar excepcionalmente, além de ser vinculada e visar a "manutenção e a reafirmação do valor *liberdade*, em seu duplo aspecto: de iniciativa; e de participação nos resultados econômicos do trabalho".¹⁰¹ O

⁹⁶ *Idem*, p. 304.

⁹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p. 18, *apud*, *Idem*.

⁹⁸ TÁCITO, Caio, *Livre concorrência x monopólio* – Everardo Moreira Lima, Editora Expressão e Cultura, 2ª ed., 1970, p. 153, *apud* *Idem*.

⁹⁹ CUÉLLAR, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ EIZIRIK, Nelson, *Monopólio Estatal da Atividade Econômica*. RDA, Rio de Janeiro, 194/63, out/dez, 1993, p. 65-66, *In*: MOREIRA, Egon Bockmann, *op. cit.*, p. 59.

modelo econômico descrito pelo autor é o do Estado Liberal, haja vista que a intervenção estatal serviria somente para proteger a livre iniciativa. Todavia, esse conceito de intervenção está superado. Toda vez que o Estado se depara com uma ausência de implementação dos princípios fundamentais da Constituição, ele deve intervir no mercado para fazê-lo atender o interesse social.

A Carta Magna não reduz a intervenção estatal ao “atendimento e/ou incremento da liberdade e ganhos dos agentes econômicos”¹⁰², em razão da previsão dos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e do valor social da livre iniciativa (artigo 1º). Evidente que a intervenção não deverá ser descomedida, por se tratar de uma exceção.

Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato firmou o seguinte posicionamento:

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 fundamentais da livre iniciativa e do trabalho humano, acham-se subordinados 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 tal monta que acabem por eliminá-la em concreto.¹⁰³

Eros Roberto Grau afirma que a Constituição de 1988 prevê como fundamento o *valor social da livre iniciativa* (artigo 1º), não somente a liberdade de mercado. “Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto

¹⁰² MOREIRA, Egon Bockmann, *Idem*.

¹⁰³ COMPARATO, Fábio Konder. Regime Constitucional do Controle de Preços. *RDP*, Rio de Janeiro, 97/17, jan./mar., 1991, p. 23, *In*: MOREIRA, Egon, Bockmann, *Idem*, p. 63/64.

expressa de socialmente valioso”¹⁰⁴. Ademais, tendo a norma constitucional do artigo 170, *caput*, previsto que a ordem econômica é fundada na “valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, sustenta-se que os valores do trabalho humano são prioritários em relação aos valores da economia de mercado.¹⁰⁵

Ainda sobre a previsão na Constituição de 1988 da livre iniciativa, ensina Eros Grau que não se trata de um princípio fundamental, mas um direito constitucional assegurado, carente de implementação legislativa.¹⁰⁶

A respeito do dever constitucional de legislar, Gilmar Ferreira Mendes afirma que a Constituição outorga garantia a alguns institutos jurídicos, cabendo ao legislador concretizá-los, pois caso não exista “atos normativos conformadores e concretizadores do direito”¹⁰⁷ não se poderá exercer a garantia constitucional prevista. O exemplo mais comum é o direito de propriedade.

Note-se que a passagem abaixo sobre o direito de propriedade pode ser utilizado igualmente para o princípio da livre iniciativa:

A garantia constitucional da propriedade assegura uma proteção das posições já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos. Garante-se, outrossim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obrigando o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito.

Inexiste, todavia, um conceito constitucional fixo, estático, de propriedade, afigurando-se, fundamentalmente, legítimas não só as novas definições de conteúdo como a fixação de limites destinados a garantir a sua função social. É que, embora não *aberto*, o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico.¹⁰⁸

Da mesma forma que o direito de propriedade, o princípio da livre iniciativa é submetido a um “processo de relativização”¹⁰⁹, devendo ser interpretado conforme a legislação ordinária o instituir. De acordo com Papier, “apenas a propriedade definida

¹⁰⁴ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁵ DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, 23. ed, p, 768, In: GRAU, Idem

¹⁰⁶ Idem, p. 205.

¹⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 4 e 5.

¹⁰⁸ Idem, p. 19.

¹⁰⁹ Idem, p. 20.

em lei constitui objeto da garantia da propriedade (...).¹¹⁰ Sendo assim, podemos afirmar que o direito de da livre iniciativa é aquele definido por lei, tendo em vista que também não possui um conceito constitucional.

Evidente que o Legislador não poderá negar esse direito ou simplesmente diminuí-lo consideravelmente. Em outros termos, Gilmar Ferreira Mendes sustenta que o núcleo essencial do direito deve ser preservado.

No mesmo sentido:

“(...) o regime de liberdade de iniciativa econômica é aquele definido pela ordem jurídica. Vale dizer: o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica.

(...)

Pois é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar *não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.*¹¹¹

Logo, o Estado tem o dever de garantir a livre iniciativa e o seu valor social por meio de elaboração de normas, devido ao fato da Constituição da República não prever normas que regulem o mercado.¹¹²

Todavia, Eros Roberto Grau defende que o direito à livre iniciativa não é atribuído ao capitalista, porém ao empresário, podendo essa garantia conviver com o sistema socialista.¹¹³

Ademais, existem outros princípios que fundamentam a intervenção estatal na economia: o previsto no artigo 5º, inciso XXIII, da Constituição da República: “a propriedade atenderá sua função social” e no artigo 170, inciso III. Seria, nas palavras

¹¹⁰ PAPIER, in: MAUNZ-DÜRIG, Kommentar zum Grundgesetz, cit, art. 14, n. 251, In: Idem, p. 21

¹¹¹ GRAU, *op. cit.*, p. 205.

¹¹² GUERRA, Sérgio, *op. cit.*, p. 199.

¹¹³ GRAU, *op. cit.*, p. 207.

de Paulo Otero, a humanização da economia de mercado, na existência de “economia de mercado social” ou “economia social de mercado”.¹¹⁴

O princípio da função social da propriedade estabelece um dever de ordem comissiva ao proprietário, devendo exercer o direito em benefício da sociedade e não apenas se abster de prejudicar terceiros.¹¹⁵ Deve o proprietário tomar providências para que a sua atividade não interfira no direito de outros, como utilizar-se de maquinários que não afetem o meio ambiente. Por conseguinte, a função social passa a “integrar o conceito jurídico-positivo de propriedade (destas propriedades), de modo a determinar profundas alterações estruturais na sua interioridade.”¹¹⁶

Percebe-se que os princípios constitucionais contrários ao da livre iniciativa são as bases jurídicas para a intervenção estatal na economia. Como vimos os princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e da livre iniciativa e da função social da propriedade fundamentam uma intervenção do Estado no mercado. Isso porque o capitalista visa somente o lucro, não sendo o próprio empresário a restringir determinados atos seus, como não desmatar florestas, por exemplo. Cabe a um terceiro fiscalizá-lo, exigindo do setor privado uma postura compatível com os princípios constitucionais.

Além desses princípios mencionados, há também o princípio de defesa do consumidor, previsto no artigo 170, inciso V.

¹¹⁴ OTERO, Paulo. *Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra ed., 1998. p. 13 e 17-18, *In*: Idem, p. 76p.

¹¹⁵ GRAU, *op. cit.*, p. 245.

¹¹⁶ Idem, p. 246.

4. Serviço público

A partir do exposto acima, vê-se que a Constituição é uma carta essencialmente política; constituída em parte por normas abertas (tanto regras, quanto princípios); podendo o modelo intervencionista do Estado na economia variar conforme o momento histórico, passando do controle econômico para polícia econômica¹¹⁷, segundo Aguillar; bem como, carente de concretização.

Dessa forma, volta-se à questão principal: seria possível afirmar a existência de discricionariedade legislativa referente à escolha do modelo estatal? Mais precisamente, poderia o Estado instituir uma atividade econômica como sendo serviço público por meio de legislação infraconstitucional, isto é, criar um sistema político-econômico? Seria uma das formas mais radicais de intervenção estatal, transformar uma atividade aberta à iniciativa privada em serviço público.

Diante dessa questão, deve-se averiguar a existência de um conceito para serviço público, ou seja, se ontologicamente há uma diferença entre essa atividade e a exercida pelo setor privado (atividade econômica em sentido estrito). O objetivo da doutrina de se dar um conceito para o serviço público é torná-lo imutável, apesar da variação de seu objeto no tempo. Compartilha do mesmo pensamento Fernando Dias Menezes de Almeida:

De fato, na realidade jurídica brasileira, pode-se dizer que foi o constituinte que fixou, por critérios políticos (concepção sobre o papel do Estado...), o que deva ser considerado serviço público. E essa opção, que atualmente se fez e se encontra consagrada na Constituição vigente, pode perfeitamente vir a mudar no futuro, do mesmo modo que já não é a mesma que existiu no passado; também aquilo que hoje é considerado serviço público num dado ordenamento jurídico, pode bem não o ser em outro.¹¹⁸

¹¹⁷ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 106.

¹¹⁸ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. *Aspectos Constitucionais da Concessão de Serviços Públicos*. In: MEDAUAR, Odete (Coord.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 31, *apud* AGUILLAR, *op. cit.*, p. 113.

Eros Roberto Grau não vê diferença entre atividade econômica e serviço público, sendo este uma espécie daquele.¹¹⁹

Serviço Público – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão.¹²⁰

Ademais, para esse ilustre professor, não existe um conceito para serviço público, mas sim uma noção que varia conforme o tempo. Ainda a respeito de sua definição, descarta o critério formal (serviço público é aquela atividade regulada pelo Direito Administrativo), tendo em vista que é gerido pelo regime público exatamente por ser serviço público.

Entretanto, predomina a tese de que serviço público é “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.¹²¹ No mesmo sentido, Leon Duguit e Eros Roberto Grau afirmam ser o serviço público uma atividade essencial ao desenvolvimento da sociedade (interesse social).¹²²

Apesar da predominância do critério do interesse social ou da “necessidade pública”, Fernando Herren Aguillar explica que esse “fenômeno” da doutrina administrativista ocorre em virtude da ausência de elementos sólidos oferecidos pela Constituição, tendo a doutrina que retirar da experiência prática um critério para distinguir o serviço público da atividade econômica em sentido estrito. Além disso, diz ser essa definição oriunda da cultura norte-americana.

Caio Tácito reporta as particularidades do desenvolvimento da questão do serviço público nos Estados Unidos, onde, em princípio, todo serviço é privado. Certos serviços, contudo, são progressivamente tidos como essenciais

¹¹⁹ GRAU, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁰ *Idem*

¹²¹ LIMA, Cirne. Princípios de Direito Administrativo, *In: Idem*, p. 129

¹²² *Idem*

ou necessários à vida coletiva, incidindo a sua execução sob o controle do Estado, em virtude dos privilégios e deveres especiais que envolvem. São negócios (*business*) públicos, no sentido de que servem à coletividade.¹²³

Dessa forma, como não há nos Estados Unidos uma definição de serviço público, os tribunais desenvolveram um regime jurídico diferente para certas atividades econômicas de interesse público.

Nas palavras de Aguillar, a partir da Constituição de 1988 ficou superado esse critério do interesse social para caracterizar serviço público, haja vista ter a Carta Maior tratado de forma inovadora essa instituição. Ademais, para esse autor não há serviço público por natureza, sendo essa atividade oscilante historicamente. Isso porque os conceitos de Estado e de suas atribuições admitem variações no tempo.

Como exemplo, nos remete a 1534, época das Capitanias Hereditárias, quando “o Estado português delegou à iniciativa privada atribuições que seriam classificadas como *essencialmente* públicas e, portanto, naquela conceituação criticada, indelegáveis. Nisso, aliás, viram historiadores traços característicos da concessão de serviço público.”¹²⁴ O sistema das Capitanias possuíam verdadeiros poderes estatais, como a função jurisdicional e a de polícia em face dos colonos, dos índios e dos estrangeiros.

Segundo Aguillar, a idéia de definir o serviço público em virtude de uma essência tem como base a concepção de uma “linha demarcatória” entre público e privado. Entretanto, não se fala modernamente nessa divisão hermética entre o público e o privado. O ilustre professor Gustavo Tepedino trata da constitucionalização do Direito Civil em obra que coordena, que seria um exemplo da relação indissociável entre o público e o privado, entendendo o seguinte:

Torna-se imprescindível, por isso, mesmo, que o intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e princípios fundantes da ordem pública. Desta forma, dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional,

¹²³ TÁCITO, Caio, O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público, Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres), p. 214, In: AGUILLAR, *op. cit.*, p. 115/116.

¹²⁴ *Idem*, p. 118.

que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916.¹²⁵

Inclusive na mais recente declaração de direitos (Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 8 de dezembro de 2000) contém o compromisso da Comunidade em garantir o “acesso aos serviços de interesse econômico geral”.

(...) esta declaração da União Européia, como as que se sucederam, inclui fundamentalmente o compromisso de assegurar *prestações estatais* diversas, independentemente do *nomen juris* que se adote – “serviço público” ou semelhantes – e da eficácia que se lhes atribua.¹²⁶

No Brasil, vê-se um exemplo da existência do sistema misto no artigo 21, XI, da Constituição da República, onde está prevista a autorização para alguns serviços de telecomunicações. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a licença e a autorização, que integravam somente o poder de polícia, migraram para o regime de serviço público de modo que não possuem as mesmas características que antes.¹²⁷

Portanto, o mestre citado acima sugere uma nova classificação, conforme se expõe a seguir:

(...) levando em conta e ponderando as mutações em marcha, uma *nova* classificação já se pode vislumbrar no horizonte do que admite ser confortavelmente denominado *serviços públicos em sentido amplo*: ter-se-ia, de um lado, os *serviços públicos estatais*, de prestação exclusiva pelo Estado, que são *extra commercium* e sujeitos a um regime jurídico exclusivamente público, e, de outro lado, recuperando a velha nomenclatura, agora até mais adequada, os *serviços de utilidade pública*, que são *intra commercium* e por isso devem ser prestados pela entidades da sociedade e, excepcionalmente, quando se justifique, pelo próprio Estado, porém que, em razão dos interesses públicos envolvidos e segundo sua predominância em cada caso, se sujeitam a regimes jurídicos mistos de direito público e privado.¹²⁸

¹²⁵ TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002, In: *A Parte Geral do Novo Código Civil*, Coord. Gustavo Tepedino, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. xx

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *op. cit.*, p. 352.

¹²⁷ *Idem*, p. 370.

¹²⁸ MOREIRA NETO, *op. cit.*, p. 379.

Com base na classificação acima, vê-se que o autor concorda com a existência de serviços públicos por natureza, essenciais à existência do Estado. Todavia, como já vimos, a essencialidade dessa atividade varia conforme o tempo, sendo melhor utilizar o critério da “historicidade das noções”.¹²⁹

Desse modo, não é mais relevante buscar uma razão de ser para que uma atividade seja considerada econômica ou serviço público, mas sim verificar a constitucionalidade da intervenção do Estado no mercado, isto é, se a regulação sobre a economia segue os princípios constitucionais, tais como o da proporcionalidade, da subsidiariedade e o da livre iniciativa.

Um dos motivos pelos quais os termos “econômica” e “não econômica” não são apropriados, está no fato da maioria das atividades prestadas pelo setor privado ser considerada de interesse público, como por exemplo se encontra na norma do artigo 1º, § 1º da Lei nº 9.847/99, *in verbis*:

§1º. “O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:

I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, gás natural e seus derivados;

II - produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do biodiesel;

III - comercialização, distribuição, revenda e controle de qualidade de álcool etílico combustível.”

Caso haja a presença do interesse público em determinada atividade, cabe ao Estado assegurar os direitos protegidos pela Constituição e demais leis, tendo para isso discricionariedade para escolher os meios mais adequados de se atingir o fim público, observando, todavia, o princípio da proporcionalidade.

¹²⁹ GRAU, Eros, *op. cit.*, p. 135.

4.1. Regime Jurídico

É polêmica a discussão a respeito da fonte legislativa instituidora do serviço público. A Constituição da República determinou que algumas atividades devem pertencer à titularidade do Estado, de forma privativa ou não, como a saúde e a educação (artigo 23, II e V). Além disso, dispõe que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, salvo os casos que dependem de autorização (artigo 170, parágrafo único). Em relação à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, somente será possível quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (artigo 173). Quanto ao serviço público, deverá ser prestado pelo Poder Público diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, na forma da lei (artigo 175).

A doutrina se divide entre os que afirmam ser somente a Constituição da República a legítima a definir serviço público e os que conferem essa função também ao legislador infraconstitucional.

Fernando Herren Aguillar defende que serviço público é matéria de ordem constitucional, porém admite haver exceções estabelecidas pela própria Lei Maior.¹³⁰ O autor defende este posicionamento, tendo em vista a existência do artigo 173 da Constituição onde permite o exercício da atividade econômica pelo Estado somente nas hipóteses de necessidade aos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Apesar da Constituição ter excetuado o exercício direto da atividade econômica pelo Estado, não há uma distinção objetiva entre serviço público e atividade econômica, sendo o primeiro espécie do segundo. Inclusive, o artigo 175 da Constituição, que trata do serviço público, está inserido dentro do Título Da Ordem Econômica e Financeira.

¹³⁰ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 124.

O artigo 173 da Constituição da República revela o princípio da subsidiariedade¹³¹, porém não impede que uma atividade econômica exercida livremente pelo mercado seja regulada de modo mais intervencionista por meio da transferência de titularidade da atividade. Nem sempre a atuação em concorrência com o setor privado poderá solucionar algum problema de ordem pública, restando ao Estado definir as regras de acordo com o interesse social. A diferença entre exercer a atividade prevista no artigo 173 (atividade econômica em sentido estrito) e a do artigo 175 (serviço público) é que naquela o Estado concorre com o setor privado¹³² e nesta, ele transfere a execução e a regula.

Sendo assim, trata-se de situações extremamente distintas, sendo insustentável a seguinte afirmação do autor Fernando Herren Aguillar:

A admitir-se tal interpretação elástica, ao Estado, quando quisesse desempenhar determinada atividade econômica em sentido estrito, bastaria, para esquivar-se da aplicação do artigo 173, proclamar sua conversão em serviço público.¹³³

No mesmo sentido, vejamos o que diz Alexandre Santos de Aragão:

Nos casos em que determinada atividade econômica *lato sensu* for de tal forma sensível ao interesse coletivo que as necessidades dos cidadãos não possam ser atendidas em regime de livre iniciativa, a lei pode publicizá-la, transformando-a em serviço público, o que decorre da própria generalidade do art. 175, CF, que não alude a qualquer serviço público específico¹³⁴. Admitindo esse posicionamento, o artigo 2º da Lei nº 9.074/95 prevê que na existência de serviço público sem previsão constitucional, “a sua delegação a particulares demanda autorização legislativa¹³⁵.”

¹³¹ “O núcleo deste princípio (subsidiariedade) consiste em reconhecer a prioridade da atuação dos corpos sociais sobre os corpos políticos no atendimento de interesses gerais, só passando o cometimento a estes depois que a sociedade, em seus diversos níveis de organização, demandar sua atuação subsidiária.”, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 153, *In*: ARAGÃO, *ob. cit.*, p. 132

¹³² GRAU, *op. cit.*, p. 141.

¹³³ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁴ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 153.

¹³⁵ *Idem.*

Celso Antonio Bandeira de Mello entende que a enumeração dos serviços públicos na Constituição não é taxativa.¹³⁶ Nos fornece como exemplo na esfera municipal, o serviço funerário. Citando esse mesmo autor, Aguillar transcreve uma passagem de sua obra:

Afora os serviços públicos mencionados na Carta Constitucional, outros podem ser erigidos nessa qualidade, desde que o Estado respeite as disposições concernentes à ordem econômica e social, em que se garante a livre iniciativa. Com efeito, em defesa dela, o artigo 170 dispõe que a exploração e a organização das 'atividades econômicas' compete, *preferencialmente* às empresas privadas (...) Ocorre que o texto constitucional, compreensivelmente, não define o que sejam atividades econômicas. Em conseqüência, remanesce ao legislador ordinário um largo campo para qualificar certas atividades como 'serviços públicos', no que, indiretamente, gizará, por exclusão, a área configurada como das 'atividades econômicas'.¹³⁷

Converge dessa mesma opinião Carlos Ari Sundfeld, porém ressalva que a criação por lei de serviço público deve estar condicionada à competência legislativa prevista na Constituição da República para aquela entidade da federação.¹³⁸ Maria Sylvia Di Pietro adota a posição de que o Estado determina o que é serviço público por meio da lei. "(...) isto exclui a possibilidade de distinguir-se, mediante critérios objetivos, o serviço público da atividade privada; esta permanecerá como tal enquanto o Estado não a assumir como própria."¹³⁹

A autora Odete Medauar exemplifica a criação do serviço público tanto na esfera constitucional quanto na legislação ordinária. Na Constituição da República aponta o transporte coletivo, os serviços telefônicos, telegráficos e energia elétrica e na Lei federal nº 9.074/95 os serviços de barragem, contenções, eclusas, diques e irrigações.¹⁴⁰

¹³⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 626.

¹³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração*. Indireta, In: AGUILLAR, *op. cit.*, p. 126.

¹³⁸ *Idem*, p. 127.

¹³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 1997, p. 83, *Idem*

¹⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996. p. 342.

Alexandre Santos de Aragão ressalta, porém, que a transformação de uma atividade exercida com uma regulação mais frouxa pelo mercado, em serviço público deverá ser realizada conforme o princípio da proporcionalidade para que não viole a Constituição.¹⁴¹ Dessa forma, poderá o Judiciário exercer o controle sobre a escolha da natureza jurídica de uma atividade, desde que fique adstrito à verificação da proporcionalidade, da subsidiariedade e de outros princípios previstos na Constituição.

¹⁴¹ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 152.

5. Intervenção estatal na atividade de distribuição de combustível

Diante do estudo acima, podemos apresentar algumas conclusões a respeito da regulação da distribuição de combustível. Todavia, haverá primeiramente uma breve apresentação dessa atividade de grande importância para o Brasil.

Até 1989 havia um forte controle do Estado na atividade de distribuição (venda) de combustível, que era exercido pelo Conselho Nacional do Petróleo (CNP) cuja atribuição incluía toda a movimentação de combustíveis e a fixação de preços.

Todavia, a partir da crise econômica que se sucedeu no Brasil durante o Governo Sarney (1985-1990), o Estado passou a reduzir sua presença na economia, como por exemplo, privatizando empresas estatais e desregulando a economia. A distribuição de combustível passou a ser livre e na época era uma atividade exercida pela BR Distribuidora, pela Esso, Shell, Texaco, Atlantic e por oito nacionais privadas.

Com a posse de Fernando Collor de Mello na presidência, foi criado o Departamento Nacional de Combustíveis, que substituiu o antigo CNP, sendo sua principal função a de desregulamentar o setor de abastecimento.

De 1990 até 1996 o estado apenas registrava as Distribuidoras, mas ainda exercia domínio na economia por meio de tabelamento de preços e de fornecimento de subsídios, o que foi gradativamente extinto.

Em virtude da abertura do mercado, surgiu a necessidade da presença do Estado regulador da economia. Com isso, foi promulgada a Lei nº 9.478/97 que reduziu gastos com subsídios, mas estabeleceu monitoramento de qualidade e de preço nos agentes econômicos pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), agência reguladora que sucedeu o DNC.

Segundo o artigo 6º, inciso XX, da lei supramencionada, distribuição é a “atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidores de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis”.

A respeito da discricionariedade do Legislador em regular essa atividade, a produção de normas de ordem econômica pode dispor sobre o assunto nos seguintes aspectos: cabe ao Estado-legislador optar pela utilidade pública da atividade, escolhendo a natureza jurídica da atividade, se econômica estrito sensu ou serviço público, conforme a ponderação dos princípios constitucionais e estabelecer as normas de intervenção em relação a essa atividade com o intuito de proteger os direitos fundamentais, que estão acima do princípio da livre iniciativa.

Passamos agora a justificar cada uma dessas atribuições do Poder Legislativo.

A distribuição de combustível é uma atividade prevista no artigo 238 da Constituição de 1988 onde atribui ao legislador ordinário a incumbência de regulá-la. Não será aqui explorado o tema do papel das agências reguladoras, mas frizamos que a Constituição também atribuiu função de regulação à agências, no caso a Agência Nacional do Petróleo, Biocombustíveis e Gás Natural.

Desse modo, nada mais dispôs a Lei Maior sobre essa atividade. Portanto, trata-se de uma norma carente de concretização para que os direitos e deveres dos agentes envolvidos sejam observados e exigidos.

Tendo o legislador discricionariedade para escolher dentre as relações existentes no mercado aquelas que pertencem ao interesse público, cabe ao Legislador fazer uma opção ao regular a venda de combustível: será uma atividade econômica estrito sensu, serviço público ou uma atividade econômica de utilidade pública.

Sobre a criação de serviço público pelo legislador ordinário, vimos que predomina na doutrina que a sua possibilidade em vista do que dispõe o artigo 175 da Constituição da República. No entanto, a transformação de uma atividade econômica em sentido estrito em serviço público deverá ser justificada pelos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade. Caberá ao legislador averiguar se há adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na escolha.

Desse modo, os meios escolhidos pelo legislador devem ser capazes de atingir as metas estabelecidas pela Constituição; a transferência de uma atividade do setor privado para o público deve ter como fundamento a prestação inadequada do serviço

pelo mercado; e se o mercado não estiver atendendo o interesse da coletividade, deve o Estado substituir o setor privado na medida em que a situação volte a beneficiar o interesse público.

Deverá, então, o Estado ser titular da atividade de distribuição de combustível somente quando assim for necessário, tendo em vista que a Constituição de 1988 fez a opção pelo princípio da subsidiariedade, o qual proíbe o dirigismo estatal, mas ao mesmo tempo obriga o Estado a se posicionar na economia quando o mercado não atender o interesse público.

Entretanto, poderá o Estado tomar uma posição intermediária e admitir somente que a distribuição de combustível seja uma atividade econômica de utilidade pública, como se dá hoje, conforme previsto na Lei nº 9.847/99:

Art. 1º. A fiscalização das atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, bem como do adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, será realizada pela Agência Nacional do Petróleo - ANP ou, mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º *O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as seguintes atividades:*

I - produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, *distribuição*, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do petróleo, gás natural e seus derivados;

II - produção, importação, exportação, armazenagem, estocagem, *distribuição*, revenda, comercialização, avaliação de conformidade e certificação do biodiesel;

III - comercialização, *distribuição*, revenda e controle de qualidade de álcool etílico combustível.

Diante da declaração de utilidade pública, poderá o Estado intervir na atividade, embora não seja titular da prestação da atividade, visando com isso assegurar que os princípios constitucionais estejam sempre sendo observados pelos agentes econômicos, como por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor

social do trabalho, o valor *social* da livre iniciativa, a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional, etc.

A intervenção estatal na distribuição de combustível, sendo esta considerada de utilidade pública, permite, inclusive, uma atuação mais energética do Poder Público diante de uma falha do mercado, haja vista o princípio da subsidiariedade. Sendo assim, se na Região Norte houver uma carência de base de distribuição, pode o Estado promover o desenvolvimento desse setor naquela região por meio de incentivo ou o próprio Estado se encarregar dessa atividade enquanto não for solucionado o problema no mercado.

Além dessa vinculação negativa que o legislador possui com a Constituição há ainda o aspecto da ideologia adotada pela Carta Magna. Como vimos acima, existem princípios constitucionais contraditórios, permitindo uma atuação do Estado pendendo ora para o liberalismo ora para os direitos sociais. No entanto, não permitiu a Constituição que o Estado adote a planificação estatal como modelo político-econômico, e assim sendo, essa opção reflete no legislador ordinário ao regular a distribuição de combustível.

Dessa forma, o Estado deverá intervir na atividade econômica somente para preservar o interesse público, que inclui a própria manutenção da livre iniciativa, não podendo produzir normas que o tornem o próprio titular da atividade sem que com isso esteja justificado pelo princípio da subsidiariedade. Portanto, a regulação intensa da economia se dá pela preservação do interesse público, não havendo, assim, um direito do Estado de dirigir a economia por si só.

Outrossim, não sendo a livre iniciativa um princípio fundamental, mas um direito constitucional assegurado e carente de implementação legislativa, não cabe ao agente econômico invocá-lo para garantir uma liberdade absoluta no exercício da distribuição de combustível. Isso porque a Constituição de 1988 prevê como princípios fundamentais o valor social da livre iniciativa, valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, os quais são mais convenientes para a atual Carta Magna, que rejeita qualquer pretensão meramente individualista. Cabe ao setor privado averiguar se as

normas de ordem econômica estão concernentes com o princípio da subsidiariedade e com o princípio da proporcionalidade, bem como com as regras constitucionais.

Enfim, são essas as considerações feitas em referência à atividade de distribuição de combustível diante do estudo realizado nos capítulos anteriores.

6. Conclusão

A intervenção estatal na economia vem de tempos remotos, desde o período do Estado Liberal. O liberalismo repercutiu-se no meio jurídico, político e econômico, tendo como principais características a importância do constitucionalismo como maneira de limitar o exercício do poder, consequência da instituição do Estado de Direito pelo liberalismo jurídico; a livre concorrência; a preocupação com os direitos humanos, que se restringia nos direitos de liberdade dos indivíduos em face do Estado, ou seja, exigia-se do Poder Público o dever de abstenção.

Com a decadência do Estado liberal, a tendência dos países foi adotar uma conduta mais paternalista, visando, com isso, resolver os problemas criados pelo liberalismo, como a grande massa de proletariado.

No entanto, o Estado ficou inchado de atribuições, acumulou dívidas e em algumas atividades prestou de modo insatisfatório o serviço à sociedade. Sendo assim, no contexto do Brasil, de Estado do Bem Estar Social passou a ser um Estado predominantemente Regulador, que ora tem característica neoliberal, ora social-liberal, dependendo do Governo que assume o poder. Não significa isso, que no Brasil a regulação teve início nesse século, mas apenas que o Estado recuou da intervenção exagerada para um papel de mediador econômico.

A principal característica da Constituição Econômica atual é que ela é constituída por normas e princípios contraditórios que ora apresenta o capitalismo neoliberal ora expõe sua faceta social. Com isso, o Estado possui flexibilidade para adotar políticas econômicas divergentes, variando o pêndulo da maior liberdade para o setor privado para o intervencionismo exacerbado.

Além disso, segundo a Teoria da Crítica Jurídica (base teórica da monografia) o intérprete deve se utilizar de outros sistemas para aplicar as normas jurídicas, como o sistema político-econômico. Logo, a interpretação das normas de ordem econômica de um modo geral não pode desprezar a ideologia adotada pela Constituição, a qual não se trata de uma regra expressa, mas está implícita na Lei Maior, haja vista que ela é

fruto do consenso político. A percepção da ideologia faz-se pela interpretação conjunta dos princípios constitucionais, principalmente os que servem como fundamento para os demais, previstos nos primeiros artigos da Constituição.

Em razão da Constituição da República de 1988 possuir normas ambíguas, além de conter déficit normativo, cabe ao Estado o papel de regular a economia.

Outrossim, o sistema capitalista não é contrário à intervenção estatal, ao invés disso, necessita da sua presença para permitir a livre concorrência, garantindo a infra-estrutura, protegendo o setor com a produção de normas jurídicas, etc. Isto é, a função do Estado é dar segurança à economia do país.

Com isso, o liberalismo não é essencial para o capitalismo, mas sim o *utilitarismo*.

Tendo em vista o déficit normativo da Constituição, cabe aferir o papel do Legislador, ou seja, o seu posicionamento diante da Constituição e a discricionariedade na produção de normas.

Trata-se de uma discricionariedade reduzida e restringe-se predominantemente na qualificação do interesse público. Desse modo, cabe ao legislador buscar na Constituição o fundamento para restringir ou ampliar determinado direito.

Portanto, dentre os preceitos constitucionais divergentes entre si, o legislador regula conforme a entenda o que seja interesse público. Já o princípio da livre iniciativa não é empecilho para a regulação da economia, vez que a liberdade de iniciativa no sistema constitucional atual não é absoluta, devendo o mercado respeitar os princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana e o do valor social do trabalho.

Um dos efeitos que decorrem da discricionariedade é a possibilidade do Legislador instituir serviço público de acordo com o interesse público que vislumbrar, sem precisar de uma autorização constitucional específica para isso.

Por fim, diante dessas conclusões, vimos que é possível o legislador ordinário regular a distribuição de combustível de forma discricionária, devendo respeitar os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, inclusive podendo optar pela natureza jurídica dessa atividade, contudo, justificadamente.

7. REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: M. Limonad, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da Atuação da Iniciativa Privada. In: _____. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 2.

_____. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Lisboa: Coimbra Editora, 1982.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

CORREAS, Óscar Dias. *Crítica da Ideologia Jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1995.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, O declínio do neo-liberalismo e o papel do Estado no século XXI. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONSTITUCIONALISTAS DEMOCRATAS (Coord.). *Cadernos de soluções constitucionais*: 1. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERRA, Sérgio. Direito Administrativo e a Nova Hermenêutica: Uma releitura do Modelo Regulatório Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, p. 168, set./dez. 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinandi. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: RT, 1996.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/eventos/2005/setembro/pirataria/identificacao_de_combustiveis_adulterados_guido_silveira.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem Econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989.

_____. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.

SEMINÁRIO A ABERTURA DO MERCADO DE PETRÓLEO E SEUS IMPACTOS NO MUNDO JURÍDICO, 2003. *Anais...* Muro Alto, PE: Instituto dos Magistrados de Pernambuco, 2003.

SEMINARIO JURIDICO SOBRE O MERCADO DE DISTRIBUIÇÃO DE COMBUSTÍVEIS , 2, 2002, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: IBP, 2002. 312 p.

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

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

TÁCITO, Caio, Intervenção e regulação estatal do espaço privado: ordem econômica : liberdade de iniciativa : empresa capital nacional, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 242, p. 236/241, out./dez., 2005.

TÁCITO, Caio. Serviços de telecomunicações : telefonia móvel celular : empresa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 242, p. 302, out./dez., 2005.

TOLEDO, Gustavo Alves de. *O Direito Constitucional Econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.