



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO

JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO

**A HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM
ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Salvador
2012

JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO

**A HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM
ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Salvador
2012

Oliveira Filho, João Glicério

A HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM
ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 / João
Glicério de Oliveira Filho. – Salvador: J. G. Oliveira Filho, 2012.
122 f.

Orientador: Professor Doutor Manoel Jorge e Silva Neto.
Tese (doutorado) – Universidade Federal da Bahia. Faculdade
de Direito, 2012.

1. Hierarquização de Princípios. 2. Iniciativa Econômica. 3.
Livre Iniciativa. 4. Livre Concorrência. 5. Intervenção do Estado. 6.
Economia. 7. Limites. 8. Globalização. I. Universidade Federal da
Bahia. Faculdade de Direito. II. Silva Neto, Manoel Jorge e. III. A
HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

CDU: 347.7 : 347.71
CDD: 342.212

TERMO DE APROVAÇÃO

JOÃO GLICÉRIO DE OLIVEIRA FILHO

**A HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA
CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

Tese submetida à aprovação como requisito parcial para obtenção do grau de doutor em Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca:

Orientador: **Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinadora: **Profa. Dra. Marília Muricy Machado Pinto**
Professora da Universidade Federal da Bahia
Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Examinador: **Prof. Dr. Paulo César Santos Bezerra**
Professor da Universidade Federal da Bahia
Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra

Examinador: **Prof. Dr. André Ramos Tavares**
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo

Examinador: **Prof. Dr. Marcelo Figueiredo**
Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutor e Livre-docente em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Salvador
2012

**A meus pais, Glicério e Rosana,
A meus irmãos, Rafael e Matheus,
A meu irmão e afilhado, João Paulo,
A meu tio e afilhado, Victor,
A meu avô materno, José Carlos, *in memoriam*,
A minha adorável esposa, Maíra,
e a meu amado filho, o pequeno Joãozinho.**

AGRADECIMENTOS

A Deus.

Ao professor doutor Manoel Jorge e Silva Neto, pela decisiva participação nesta etapa da vida acadêmica.

À Universidade Federal da Bahia, por ter colaborado materialmente para a minha formação acadêmica.

À Faculdade de Direito, pela contribuição afetiva semeada desde 1999.

A meus professores, pelo exemplo e conhecimento proporcionados.

A todos que participaram, ainda que minimamente, para a construção deste trabalho, especialmente compreendendo minhas ausências.

“O Brasil não teve ainda um bom governo, capaz de atuar com base em princípios, na defesa da liberdade e com uma administração profissional. Seria suficiente um período assim, acompanhado da verdadeira liberdade empresarial, para que o país se tornasse realmente próspero.

A liberdade, a justiça e a livre iniciativa não podem ser obtidas fora do império da lei e sem um Judiciário independente. Governos não geram riqueza, quem faz isso são as indústrias e os serviços. É o povo, com sua própria capacidade de iniciativa, que cria empresas”.

Margaret Thatcher, em 9 de março de 1994.

RESUMO

A presente tese tem como proposta de contribuição para a Ciência Jurídica a hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988. Promoveu um estudo da Intervenção do Estado na Economia a partir da premissa de diferença de escala valorativa destes Princípios. Eles representam valores da sociedade consagrados no Ordenamento Jurídico em uma textura aberta e certo grau de abstração. Se os valores podem ser hierarquizados, a lógica permite a transferência desta graduação para os Princípios: os de Primeiro Grau são pressupostos à existência e, conseqüentemente, aplicação dos de Segundo Grau. Dentre os mais importantes Princípios mencionados, a Liberdade de Iniciativa Econômica apresenta-se com relevado destaque, em razão da escolha do Legislador Constituinte Originário ao definir a Livre Iniciativa como um dos Fundamentos da República. Este trabalho verificou a abrangência e os limites da Liberdade de Iniciativa Econômica, estabelecendo nova amplitude à interface entre o Estado e as relações econômicas. Além disso, como análise da Intervenção do Estado na Economia, esta tese não poderia olvidar a contextualização deste processo em face da Globalização e das relações fincadas entre Direito e Economia. Nesta esfera, a Eficiência Econômica e Social mereceu uma abordagem contraposta a esta nova modalidade de Atuação do Estado, orientada pela Hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988.

Palavras-chave: Hierarquização. Princípios. Ordem Econômica. Liberdade de Iniciativa Econômica. Globalização.

ABSTRACT

The purpose of the present thesis is make a contribution to Juridical Science of the hierarchization of the Principles of Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988. It undertook a study of the Intervention of the State in the Economy, based on the premise of the difference of scale of value of the Principles. They represent values of society consecrated in the Juridical Order in an open context and a certain degree of abstraction. If the values can be hierarchized, logic permits the transfer of this gradation to the Principles: those of the First Degree are based on the presumption of the existence and, consequently, the application of those of the Second Degree. Among the most important Principles mentioned, Liberty of Economic Initiative appears in the first rank, as result of the choice by the Original Constituent Legislator who defined Free Initiative as one of the Fundaments of the Republic. This paper studied the breadth and limits of the Liberty of Economic Initiative, establishing new amplitude to the interface between the State and economic relations. Furthermore, as an analysis of the Intervention of the State in the Economy, this thesis could not overlook the contextualization of this process in light of Globalization and the relations between Law and Economics. In this area, Economic and Social Efficiency merit a focus opposite this new mode of Action by the State, oriented by the Hierarchization of the Principles of Economic Order in the Brazilian Constitution of 1988.

Key Words: Hierarchization. Principles. Economic Order. Freedom of Economic Initiative. Globalization.

RÉSUMÉ

L'objectif de cette thèse est d'apporter à la science juridique sa contribution à la hiérarchisation des principes d'ordre économique dans la Constitution brésilienne de 1988. A partir d'une prémisse de différence d'échelle de valorisation de ces principes, qui représentent des valeurs consacrées dans l'ordre juridique selon une texture ouverte et à un certain degré d'abstraction, a été menée une étude de l'intervention de l'Etat dans l'économie. Si les valeurs peuvent être hiérarchisées, la logique permet de transférer ce classement aux principes : les principes de premier degré sont les présupposés de l'existence et, partant, de l'application de ceux de second degré. Parmi les principes les plus importants mentionnés, la liberté de l'initiative économique est particulièrement remarquable du fait du choix du législateur constituant premier lors de la définition de la libre initiative comme l'un des fondements de la République. Ce travail a analysé la portée et les limites de la liberté d'initiative économique et établi une nouvelle amplitude pour l'interface entre l'Etat et les relations économiques. En outre, en tant qu'analyse de l'intervention de l'Etat dans l'économie, cette thèse ne pouvait omettre de situer ce processus dans le contexte de la mondialisation et des relations fermement établies entre Droit et Economie. Dans ce domaine, l'efficacité économique et sociale a suscité une approche confrontée à ce nouveau mode de pratique de l'état, guidée par la hiérarchisation des principes de l'ordre économique dans la Constitution brésilienne de 1988.

Mots-clés: hiérarchisation, principes, ordre économique, liberté d'initiative économique, mondialisation.

RIASSUNTO

La presente tesi ha l'intenzione di contribuire alle Scienze Giuridiche con la gerarchizzazione dei Principi dell'Ordine Economico nella Costituzione brasiliana del 1988. È stato eseguito uno studio sull'Intervento dello Stato nell'Economia partendo dalla premessa di una differente scala di valori di questi Principi. Essi rappresentano i valori della società consacrati nell'Ordinamento Giuridico con una struttura aperta e un certo livello di astrazione. Se i valori possono essere gerarchizzati, la logica permette di trasferire questa graduazione ai Principi: quelli di Primo Grado costituiscono il presupposto dell'esistenza e, conseguentemente, dell'applicazione di quelli di Secondo Grado. Tra i più importanti Principi menzionati si distacca particolarmente la Libertà di Iniziativa Economica, poiché il Legislatore Costituente Originario definisce la Libera Iniziativa come uno dei Fondamenti della Repubblica. Questo Studio ha verificato l'ampiezza e i limiti della Libertà di Iniziativa Economica, stabilendo una nuova ampiezza all'interfaccia tra lo Stato e i rapporti economici. Inoltre, come analisi dell'Intervento dello Stato nell'Economia, questa tesi non potrebbe non prendere in considerazione la contestualizzazione di questo processo riguardo alla Globalizzazione e ai rapporti fissati tra il Diritto e l'Economia. In questa sfera, l'Efficienza Economica e Sociale è stata necessariamente analizzata in contrapposizione a questa peculiare Attuazione dello Stato, indirizzata dalla Gerarchizzazione dei Principi dell'Ordine Economico nella Costituzione brasiliana del 1988.

Parole Chiave: Gerarchizzazione. Principi. Ordine Economico. Libertà di Iniziativa Economica. Globalizzazione.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal de 1988

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RT – Revista dos Tribunais

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	17
2.1 HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS. POSSIBILIDADE.	24
2.2 PRINCÍPIOS PRESSUPOSTOS À INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. POSTULADOS LIMITADORES.	25
2.3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	29
2.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA COMO PRINCÍPIO DE PRIMEIRO GRAU À INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	35
2.4.1 Hierarquização de Princípios da Ordem Econômica na Constituição de 1988	37
2.4.2 A Liberdade de Iniciativa Econômica e a concepção de Postulado e Sobreprincípio	41
3 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA EM FACE DA HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS	43
3.1 LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA	47
3.2 PILARES INDISSOCIÁVEIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA	54

3.2.1 Livre Iniciativa como pressuposto do Sistema Capitalista de Produção	55
3.2.2 Livre Concorrência como preservação da Atividade Econômica Organizada	59
3.3 CONTEÚDO E LIMITES DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA	63
3.4 A LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA E SUA APLICAÇÃO NAS DIVERSAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA	70
4 HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	78
4.1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GLOBALIZAÇÃO	79
4.2. A LIBERDADE ECONÔMICA E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO	81
4.2.1 Intervenção do Estado na Economia no âmbito da Globalização	86
4.2.2 Intervenção do Estado na Economia e sua aplicação em Face de práticas Anticoncorrenciais no Comércio Exterior	93
4.3 EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SOCIAL	95
5 CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	116

1 INTRODUÇÃO

Em um mundo globalizado, que tem o Capitalismo como sistema de produção dominante, determinados atos podem acarretar impacto de ordem mundial, interferindo imediata e diretamente no cotidiano das pessoas. Os elos que compõem a cadeia do sistema econômico são extremamente sensíveis e imbricados, portanto, qualquer desequilíbrio produz consequências em praticamente todos os aspectos da vida hodierna.

Nesse sentido, as relações entre empresa e Estado possuem papel decisivo na dinâmica da Economia. A atuação do Estado no domínio econômico é, portanto, tema que merece acurada atenção. Em todo o mundo, reconhece-se cada vez mais a necessária previsão de normas destinadas a regular a atividade econômica em âmbito constitucional, garantindo assim maior segurança nas relações jurídicas daí decorrentes, especialmente traçando limites ao poder de interferência do Estado nessa seara.

É em virtude dessa influência que desde 1934 o tema referente à Ordem Econômica é abordado nas Cartas Magnas brasileiras. No regramento da Ordem Econômica, a Lei Maior de 1988 estabelece uma série de limites à intervenção estatal. A intervenção direta, ou seja, a atuação do próprio Estado enquanto agente econômico, é prevista como hipótese excepcional, regulada no corpo do artigo 173, ao passo que a regulação indireta, qual seja, o papel incentivador ou regulador do Estado no domínio econômico tem previsão no artigo seguinte.

A atividade empresarial, por sua vez, é reconhecida como mola propulsora do Sistema Capitalista de Produção e, por este motivo, carece de instrumentos de proteção frente ao Estado e ao próprio mercado. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou a Livre Iniciativa, princípio basilar da atividade empresarial, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme se vê na redação do artigo Primeiro da Lei Maior.

A presente tese tem como proposta de contribuição para a Ciência Jurídica a hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988, promovendo um estudo da Intervenção do Estado na Economia a partir da premissa de diferença de escala valorativa destes Princípios. Eles representam valores da sociedade consagrados no Ordenamento Jurídico em uma textura aberta e certo grau de abstração. Se os valores podem ser hierarquizados, permite-se a

transferência desta graduação para os Princípios: os de Primeiro Grau são entendidos como pressupostos à existência e, conseqüentemente, à aplicação dos de Segundo Grau.

Dentre os mais importantes Princípios mencionados na Constituição, a Liberdade de Iniciativa Econômica foi apresentada com relevado destaque, em razão da escolha do Legislador Constituinte Originário ao definir a Livre Iniciativa como um dos Fundamentos da República. Este trabalho verificou a abrangência e os limites da Liberdade de Iniciativa Econômica, a partir da proposta de nova amplitude à interface entre o Estado e as relações econômicas.

Além disso, como análise da Intervenção do Estado na Economia, esta tese não poderia olvidar a contextualização deste processo em face da Globalização e das relações fincadas entre Direito e Economia. Analisou-se o comportamento do Estado em face de práticas anticoncorrenciais no Comércio Exterior perpetradas contra a atividade empresarial brasileira. Nesta esfera, a Eficiência Econômica e Social mereceu uma abordagem contraposta à nova modalidade de atuação do Estado, orientada pela Hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988.

O problema científico central apresentado reside em estabelecer critérios para a Intervenção do Estado na Economia orientada pela hierarquização dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica brasileira, especialmente o da Liberdade de Iniciativa, em face do processo de Globalização.

O objetivo geral deste trabalho é analisar as razões e conseqüências da atuação do Estado no domínio econômico, orientada pela perspectiva da Hierarquização dos princípios da Ordem Econômica. Os objetivos específicos são: a) Identificar como a Liberdade de Iniciativa influi na Ordem Econômica; b) Estudar as soluções aplicáveis ao confronto entre Princípios de mesmo grau da Ordem Econômica; c) Verificar a Eficiência Econômica e Social como vetor da atuação do Estado; d) Enfrentar a Indissociabilidade da Livre Iniciativa e da Liberdade de Concorrência; e) Propor a graduação dos Princípios Constitucionais da Ordem Econômica confrontada com a ideia de Globalização; f) Delimitar os reais contornos da Liberdade de Iniciativa Econômica.

A metodologia de abordagem utilizada neste trabalho foi a dialética, envolvendo análise de textos e obras correlatas para alcançar os objetivos pretendidos. A metodologia de procedimento foi a monográfica. A técnica utilizada

será a da pesquisa bibliográfica (consulta a doutrina, nacional e estrangeira, literatura especializada, todas encontradas em acervos públicos e privados), estudo jurisprudencial, além de pesquisa documental. Consultou-se, também, a legislação, vigente e revogada, nacional e de direito estrangeiro. Utilizou-se o método eletrônico, para auxiliar o trabalho de pesquisa.

Esta tese apresenta uma estrutura dividida em cinco capítulos, sendo a introdução, três capítulos de desenvolvimento e a conclusão.

O primeiro capítulo do desenvolvimento apresenta um estudo sobre a hierarquização dos princípios da Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988. Estão estruturadas as razões da hierarquização dos princípios e as respectivas consequências, além de uma abordagem acerca dos conflitos envolvendo princípios, tanto os de mesma hierarquia, quanto os de graus diferentes.

O segundo capítulo do desenvolvimento apresenta o conteúdo jurídico do Princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica, em face da hierarquização de princípios. Complementando o entendimento do tema, abordam-se os pilares indissociáveis da Liberdade de Iniciativa Econômica, quais sejam: a Livre Iniciativa (como pressuposto do sistema capitalista de produção) e a Liberdade de Concorrência (como preservação da atividade econômica organizada), especificando-se cada uma das liberdades/faculdades respectivas.

Definem-se os limites do Princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica, sua aplicação nas diversas formas de intervenção do Estado na Economia, bem como a sua dupla oponibilidade, ao Estado e ao próprio Mercado. Inviabilização da atividade empresarial e intervenção excessiva do Estado são conceitos-chave para compreensão deste objeto de estudo.

O terceiro e último capítulo de desenvolvimento propõe uma abordagem sobre a hierarquização dos princípios e Intervenção do Estado no domínio econômico no contexto da Globalização. A análise do conceito de soberania econômica será desenvolvida a partir da relativização promovida pelo processo de mundialização da Economia. Ao contemplar a Liberdade Econômica e sua aplicação no ambiente da Globalização, ressalta-se o papel da Intervenção do Estado diante dos paradigmas da Eficiência Econômica e Social, bem como dos fundamentos que justificam sua aplicação.

Por fim, a aplicação da Eficiência Econômica e Social será apresentada como elemento adjunto da atuação do Estado no domínio econômico, através de sua nova orientação hierarquizada pelos princípios da Constituição Econômica.

2 HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A conceituação das normas jurídicas, vale dizer, princípios e regras, normalmente despertam inúmeras discussões na doutrina, revelando dissensos infundáveis. Longe de eleger uma teoria como a mais apropriada ou correta, pretende-se, neste capítulo, apresentar as principais ideias acerca do tema, com o propósito de traçar uma possível hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988. A tarefa, embora árdua e de difícil deslinde, é possível, pois, conforme se demonstrará, a doutrina permite a hierarquização de princípios, vez que estes representam valores que são hierarquizados pela própria sociedade.

Inicialmente, faz-se necessário enquadrar o conceito de princípio e o diferenciar do conceito de regra. Entende-se que a distinção entre regras e princípios corresponde a uma distinção entre duas espécies de normas. Dessa forma, diversos autores se encarregaram de criar e estabelecer critérios a fim de que fosse possível sistematizar essa distinção.

Segundo Robert Alexy¹, regras e princípios dizem o que deve ser, ou seja, são razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécies diferentes. O autor utilizou-se de determinados parâmetros para diferenciar os princípios das regras, dentre os quais: o critério da generalidade, onde concluiu que os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto que o das regras é relativamente baixo; o da determinabilidade dos casos de aplicação; a forma do surgimento de cada norma, diferenciando-se entre normas criadas e normas desenvolvidas; o caráter explícito do conteúdo axiológico do princípio; e a importância para a ordem jurídica.

Alexy preleciona que os princípios são mandamentos de otimização. Isso porque os considera como normas que ordenam que algo seja realizado em grau máximo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Os princípios, então, caracterizam-se por serem satisfeitos em diversos graus, em dependência somente das possibilidades jurídicas, que se determinam pelos princípios e regras colidentes.

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87-90.

Já as regras se determinam dentro daquilo que é fático e juridicamente possível, podendo ser aplicada, ou não, ao caso concreto.

O autor, ainda, traz objeções, construídas pela doutrina, ao conceito de princípio. Primeiramente, existem aqueles que sustentam que, no caso concreto, ao haver colisão de dois princípios, essa pode ser resolvida por meio da declaração de invalidade de um deles. Em segundo lugar, defende-se que existem princípios absolutos, os quais podem ser colocados em uma relação de preferência em face de outros princípios. Por fim, diz-se que o conceito de princípio é muito amplo, acabando por se tornar inútil, visto que abarcaria todo e qualquer interesse conflitante, não sendo possível o processo de sopesamento².

É plenamente possível, segundo o Autor, em um dado caso concreto, que haja colisão entre princípios. Diante disso, um deles terá que ceder, não significando, todavia, que o cedente seja considerado inválido ou, ainda, que seja introduzida uma cláusula de exceção. Em verdade, o que ocorre é que um dos princípios possui precedência sobre o outro, em um determinado caso concreto. Ou seja, diante da realidade fática, os princípios têm pesos diferentes, possuindo precedência aquele de maior peso. Assim, resta claro que os conflitos de princípios devem ser resolvidos por uma dimensão de peso através de um sopesamento dos interesses conflitantes.

Consoante o entendimento de Alexy³, algumas premissas encontram-se umbilicalmente interligadas: a) os direitos fundamentais funcionam como mandamentos de otimização por possuírem estrutura de princípios, devendo-se buscar sua máxima otimização dentro das possibilidades fáticas e jurídicas de cada caso; b) os direitos fundamentais são relativos, tendo em vista que, diante da colisão destes princípios, invariavelmente ocorrerão restrições rescíprocas entre os mesmos; c) nos casos de colisão entre princípios, é mister lançar mão das técnicas de sopesamento (ou seja, da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que será desenvolvida no decorrer deste trabalho) e; d) esta metodologia implica numa rigorosa fundamentação jurídica, sob pena de restar arbitrária e irracional.

O Poder Judiciário brasileiro não tem aplicado corretamente apenas o último item, o que compromete a decisão. A ausência de fundamentação consistente

² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 153.

³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 93.

colabora para a mencionada arbitrariedade e irracionalidade, o que justifica a proposta central deste trabalho. A hierarquização dos princípios da Ordem Econômica pode minorar os danos causados pelo decisionismo, funcionando como um balisamento coerente e orientado.

Para Dworkin⁴, quando se trata da diferenciação entre princípio e regra, essa se apresenta com uma distinção lógica, baseada no modo de aplicação. O caráter de orientação que fornecem para o caso concreto é o que diferencia os princípios das regras. Entende que as regras são aplicáveis de forma disjuntiva, ao modo “tudo ou nada” (*all or nothing*), enquanto que os princípios não possuem nem sequer as condições necessárias para sua aplicação, de modo que apenas ditam uma razão que direciona o intérprete. Conclui o autor, afirmando que toda e qualquer norma está fundamentada em princípios e que, portanto, os juízes são obrigados a aplicá-los, vez que são essenciais a qualquer sistema jurídico.

Humberto Ávila, por sua vez, traz alguns critérios doutrinários acerca da distinção entre princípios e regras. Primeiramente, trata do critério do “caráter hipotético-condicional”, explicando que as regras possuem uma hipótese e uma consequência, ao passo que os princípios indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador do direito⁵. Revela o autor que esse critério, embora relevante, está sujeito a críticas, pois está eivado de imprecisão, além de que a existência de uma hipótese de incidência é questão de formulação linguística, não podendo ser base de diferenciação de espécie normativa.

Destaca, ainda, que, mesmo que a norma tenha sido formulada de modo hipotético, não quer dizer que somente deva ser interpretada dessa maneira, podendo ser vista pelo intérprete como um princípio. Conclui, por fim, que é incorreto afirmar que os princípios não possuem consequências jurídicas e nem hipóteses de incidência.

Em segundo lugar, traz como critério o “modo final de aplicação”, que se traduz na forma de aplicação de cada espécie normativa, considerando a das regras como o modo absoluto, do tudo ou nada, e o dos princípios o modo gradual. O autor, no entanto, entende que esse critério deve ser parcialmente formulado,

⁴ DWORKIN Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, p. 72.

⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 40.

demonstrando, por exemplo, que o modo de aplicação não está determinado pelo texto objeto da interpretação, mas sim pelas conexões realizadas pelo intérprete.

O terceiro critério analisado pelo autor foi o critério do “conflito normativo”, onde os princípios são diferenciados das regras pelo modo como funcionam em caso de colisão. Nesse caso, o autor tece algumas considerações, afirmando que a ponderação não pode ser entendida como um método exclusivo de aplicação dos princípios, nem que esses possuem uma dimensão de peso, pois as normas não regulam sua própria aplicação.

Diante dessas análises, o autor, propõe que normas e princípios sejam diferenciados a partir de várias espécies de dissociações e critérios. Passa por uma dissociação justificante, abstrata, heurística e em alternativas inclusivas, estabelecendo como critérios o da natureza do comportamento prescrito, da natureza da justificação exigida e da medida de contribuição para a decisão.

Por fim, Humberto Ávila destaca que, enquanto o dever imediato dos princípios é a promoção de um estado ideal de coisas, o das regras é a adoção da conduta descrita, sendo o dever mediato dos princípios a adoção da conduta necessária e o das regras a manutenção de fidelidade à finalidade subjacente e aos princípios superiores.⁶

É certo que um ordenamento jurídico não pode ser composto somente de regras ou apenas de princípios. Isso porque um sistema só de princípios seria demasiadamente flexível, enquanto que um sistema só de regras seria demasiadamente rígido, ocasionando, respectivamente, problemas de coordenação, conhecimento e controle do poder ou um sistema sem amoldamento das soluções às particularidades do caso concreto⁷.

No que tange aos princípios, é certo que são sempre *razões prima facie*, nunca, portanto, são razões definitivas. Esse entendimento se atrela ao esposado por Kant⁸, que referiu-se à possibilidade de haver duas razões para a obrigação, em um sujeito e na regra que ele prescreve a si mesmo, sendo que, nesse caso, um deles, não é dever.

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto, o princípio é causa primeira, sendo o primeiro passo para se buscar o conhecimento, conforme os ensinamentos de

⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 64.

⁷ Idem, p. 120.

⁸ KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 237.

Descartes. Ocorre que, ressalva o autor, a palavra “princípio” é ambígua, podendo converter-se em normas jurídicas e valores normativos. Os princípios de interpretação constitucional, por exemplo, são valores normativos, salvo o princípio da interpretação constitucional, positivado no art. 28 da Lei 9.868/99. Nas palavras do autor, conclui-se que “princípio, repita-se, tanto é suscetível de adotar uma compostura de norma jurídica [...], como, ao receber um influxo axiológico da Ciência do Direito, se transforma em valor normativo”⁹.

Ruy Samuel Espíndola¹⁰ conclui que, independentemente da área do saber em que o conceito de princípio está sendo utilizado, este sempre irá designar a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma baliza normativa, que vai reconduzir ou subordinar todas as demais.

Na mesma linha, Dworkin¹¹ ensina que, diante da colisão de princípios, o conflito deve ser resolvido levando em consideração o peso relativo dos princípios conflitantes. Justifica, ainda, o tratamento diferenciado dado às regras, pelo fato destas não terem uma importância diferenciada dentro do sistema, podendo a de menor peso desaparecer do ordenamento jurídico, quando conflitante com outra. Partindo dessas premissas, o autor assinala que uma regra e um princípio podem desempenhar semelhantes funções, uma vez que há situações em que uma norma poderá funcionar como uma regra, de forma lógica, e como um princípio, de forma substancial.

Para tanto, preleciona que tanto os princípios como os valores passam por colisões e processos de sopesamento. Além disso, a realização gradual dos princípios corresponde à dos valores. Conclui, então, que “é possível transformar os enunciados sobre princípios ou máximas em enunciados sobre valores, sem que, com isso, haja perda de conteúdo”¹².

Desta forma, os princípios devem sempre ser encarados como mandamentos de otimização, pertencentes ao âmbito deontológico, enquanto que valores fazem parte do âmbito axiológico. Assim, nos valores podemos dizer que estamos diante

⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 122-124.

¹⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 53.

¹¹ DWORKIN Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, p. 72.

¹² Idem, p. 153.

do *prima facie* melhor. Ao contrário do modelo de princípios, onde encontramos o *prima facie* devido.

A eficácia dos princípios, segundo Humberto Ávila, se divide em eficácia interna e eficácia externa¹³. No que diz respeito à eficácia interna, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras. A eficácia interna se subdivide em direta e indireta. A direta nos remete à função integrativa dos princípios, tendo em vista que esses atuam diretamente, sem nenhuma intermediação, agregando elementos não previstos nas regras. Já a eficácia indireta refere-se a uma atuação com intermediação, fazendo com que os princípios exerçam diversas funções.

Diante disso, podem os princípios exercer uma função definitória, delimitando o sentido do princípio superior; podem, também, exercer uma função interpretativa, onde servem para interpretar normas, ampliando-as ou restringindo-as; podem exercer uma função bloqueadora, afastando elementos incompatíveis com o estado ideal de coisas; e, por fim, podem exercer uma função rearticuladora, permitindo que vários elementos interajam para compor o estado ideal de coisas a ser promovido.

A eficácia externa, por sua vez, traduz que os princípios fornecem um parâmetro para a pertinência e valoração do caso. Essa eficácia se subdivide em objetiva e subjetiva. A eficácia externa objetiva também é dividida, conforme as lições do autor, em seletiva e argumentativa, sendo a última subdividida em direta e indireta.

A seletiva traduz que a interpretação fática, com base nos princípios, deve ser realizada para selecionar todos os fatos que puderem ser pertinentes à solução, ressaltando-se que o próprio intérprete deverá decidir. A argumentativa, no entanto, ocorre depois de selecionados os fatos, de forma que valora os mesmos, privilegiando determinados pontos, o que é denominado de “função eficaz valorativa”.

A eficácia argumentativa direta dita que a decisão deverá ser tomada com base na ponderação entre os princípios colidentes, pois os princípios não definem previamente o meio onde os efeitos serão produzidos, enquanto que a eficácia argumentativa indireta ensina que os princípios introduzem razões a serem

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 97 – 102.

consideradas diante da colisão no caso concreto, não estabelecendo anteriormente o meio de atuação do Poder Público.

Por fim, a eficácia externa subjetiva dos princípios dita que esses funcionam como direitos subjetivos, pois proíbem a intervenção estatal em direitos de liberdade, bem como orientam medidas para proteção desses direitos, caracterizando a função de defesa ou de resistência e a função protetora, respectivamente.

Alexy¹⁴ lembra que os princípios, em verdade, fazem a exigência de que alguma coisa seja realizada dentro dos limites das possibilidades jurídicas e dos fatos existentes. Assim, entende-se que não podem ter em seu conteúdo um mandamento definitivo, mas sim, um mandamento *prima facie*.

Nesse sentido, critica Dworkin¹⁵ quando esse afirma que as regras possuem como modo de aplicação o “tudo ou nada”, enquanto que os princípios apenas possuem razões que indicam a direção, não tendo como consequência necessária uma decisão. Entende Alexy que esse modelo é muito simples, devendo apenas permanecer o distinto caráter *prima facie* das regras e princípios. Isso porque, em se tratando de regras, diante de um conflito, pode-se estabelecer uma cláusula de exceção, quando da decisão do caso concreto, perdendo essa seu caráter definitivo.

O princípio é eficaz, no caso concreto, quando lhe é conferido um peso maior do que a outro princípio. Diante disso, os “princípios formais” – entendidos como aqueles que estabelecem que as regras criadas pelo Poder legitimado devem ser seguidas, não podendo ser relativizadas sem motivos – quanto mais fortes em um ordenamento jurídico, maior será o caráter *prima facie* das regras. Assim, somente se esses princípios deixassem de ter peso é que as regras e os princípios passariam a ter o mesmo caráter *prima facie*.

Assim, conclui-se que, por meio da inserção de uma carga argumentativa a favor dos princípios, o caráter *prima facie* desses pode ser fortalecido, garantindo os efeitos dos princípios no caso concreto.

¹⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press, p. 24-26.

2.1 HIERARQUIZAÇÃO DE PRINCÍPIOS. POSSIBILIDADE.

Em seu livro “Teoria Pura do Direito”, Hans Kelsen aduz que o ordenamento jurídico é um sistema hierárquico de normas, cada uma delas dotada de um determinado valor e ocupando uma posição equivalente no sistema, integradas de tal modo que

uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa¹⁶.

Este entendimento é conhecido como “teoria da construção escalonada das normas jurídicas” (*stufenbautheorie*), concebida por Adolf Julius Merckl, discípulo de Hans Kelsen.

Kelsen, entretanto, não reconhecia o caráter de norma jurídica aos princípios de direito¹⁷ sendo superado pela dogmática moderna¹⁸, segundo a qual

as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

Assim, reconhecendo princípios jurídicos como normas, e que estas obedecem a uma hierarquia, indaga-se se é possível admitir uma hierarquia entre os princípios constitucionais considerados em si mesmos. As regras têm sua interpretação e eficácia atrelada aos princípios e que estes se harmonizam, a partir da hierarquia estabelecida entre eles, para dar coerência ao sistema jurídico.

O que se questiona aqui é a possibilidade de uma valoração axiológica, e não epistemológica, dos princípios constitucionais aplicáveis no âmbito da Ordem Econômica. A hierarquização dos princípios constitucionais tanto é possível que o constituinte assim o fez, “elegendo” os mais importantes para compor o núcleo essencial, o que Karl Löwenstein chamaria de “dimensão política fundamental”. Por esse motivo, alguns princípios são “irreformáveis”, ou seja, estão sujeitos à cláusula

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995, p. 248.

¹⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2 ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141.

da inabolibilidade, enquanto outros podem ser submetidos a mudanças através do processo legislativo constitucional.

2.2 PRINCÍPIOS PRESSUPOSTOS À INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. POSTULADOS LIMITADORES.

O Estado tem na lei certos objetivos que devem ser alcançados ao longo da sua atuação, com intuito de tutelar interesse alheio no gozo dessas prerrogativas. Portanto, não pode agir em nome de interesses próprios ou individuais, nem em liberdade plena, pois o modo e a finalidade estão submetidos à lei, ou seja, o interesse da sociedade precede ao interesse da entidade estatal. Embora não possua previsão constitucional explícita, a supremacia do interesse público constitui verdadeiro pressuposto de intervenção do Estado no domínio econômico.

Ao afirmar que os postulados normativos aplicativos estruturam as demais normas do ordenamento, coordenando o modo de aplicação dos deveres, os princípios pressupostos à intervenção do Estado na Economia aproximam-se da ideia proposta por Humberto Ávila¹⁹.

A doutrina, sobretudo autores italianos²⁰, faz uma distinção das acepções de interesse público dividindo entre interesse público primário e secundário. O primeiro, que é o interesse público propriamente dito, diz respeito à coletividade generalizada, assim a própria lei consagra tais interesses sendo de competência do Estado objetivar a sua tutela e promoção. Já o interesse secundário refere-se ao interesse do próprio Estado enquanto instituição com personalidade jurídica, contudo tais interesses devem coadunar-se com os interesses da sociedade, primários.

De igual relevância, os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade consistem num mecanismo para atingir de maneira adequada o interesse público estabelecido nas regras aplicadas. Visa-se atingir a finalidade da lei de modo razoável, ideal, sem exorbitância de poder, nos limites conferidos à discricção.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.122.

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1988.

Para ilustrar a relevância destes postulados, convém demonstrar sua aplicação no caso concreto da ADIn 855-2, *pesagem de botijões de gás*, trazido por Virgílio Afonso da Silva²¹:

Com o objetivo de proteger o consumidor, uma lei do Estado do Paraná (Lei 10.248/93) exigia que os botijões de gás fossem pesados na presença do consumidor para que possíveis variações no peso do botijão vendido, ou possíveis sobras de gás no botijão devolvido, fossem devidamente ressarcidas ou abatidas do preço do botijão novo. A autora da ação alegou, genericamente, além de vícios de competência, violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, argumento aceito pelo STF (...) Como visto, a exigência de pesagem de botijões de gás na presença do consumidor pode ser considerada adequada para fomentar a realização dos fins perseguidos. Dentro das possibilidades da presente análise, a medida pôde também ser considerada como necessária, pois ainda que a medida alternativa de pesagem por amostragem pudesse restringir em menor escala a livre iniciativa das empresas distribuidoras de gás, tal alternativa não parece ter a mesma capacidade de fomentar a proteção do consumidor. Na análise da proporcionalidade em sentido estrito deve ser questionado se a proteção ao consumidor justificaria essa pequena limitação à liberdade de iniciativa. A resposta parece óbvia, e não foi à toa que me referi à limitação à liberdade de iniciativa, nesse caso, como pequena. A proteção ao consumidor parece ter um peso maior do que uma restrição mínima à liberdade de iniciativa. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, decidiu de forma diversa.

Nesse sentido, é de importância vital a compreensão da máxima da proporcionalidade, muito bem apresentada por Virgílio Afonso da Silva²²:

A regra da proporcionalidade é uma regra de interpretação e aplicação do direito (...) empregada especialmente nos casos em que um ato estatal, destinado a promover a realização de um direito fundamental ou de um interesse coletivo, implica a restrição de outro ou outros direitos fundamentais. O objetivo da aplicação da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais. É, para usar uma expressão consagrada, uma *restrição às restrições*. Para alcançar esse objetivo, o ato estatal deve passar pelos exames da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Esses três exames são, por isso, considerados como sub-regras da regra da proporcionalidade.

O autor refere-se a uma antiga construção doutrinária e jurisprudencial germânica para racionalizar a solução das colisões entre princípios, trazidos por Alexy em sua teoria. Esta estrutura é formada por três etapas sucessivas e excludentes: *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito*. Caso a decisão abstratamente considerada não passe em uma das etapas, ela é

²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

²² Idem, p. 23-50.

descartada imediatamente. Nem sempre, portanto, será necessário realizar o processo em sua inteireza, até a etapa final.

Virgílio Afonso da Silva chama atenção para o fato de que a ordem pré-definida em que estas etapas se estabelecem constitui importante regra de aplicação da máxima da proporcionalidade, sendo, todavia, ignorada em diversos momentos, impossibilitando a correta aplicação pelos tribunais brasileiros.

A primeira etapa, a adequação, trata da idoneidade do meio para o fim pretendido, ou seja, da aptidão da conduta, em tese, para realizar o fim ao qual se destina. Verificada a inidoneidade do meio em relação ao fim pretendido, a opção é descartada.

Superado o exame de adequação, passa-se à análise da necessidade, que implica em verificar se há, dentre os meios possíveis para a consecução de um fim, um menos gravoso para se atingir o resultado pretendido.

Finalmente, atingindo a terceira etapa, resta examinar a proporcionalidade em sentido estrito, qual seja, uma avaliação entre os benefícios e os males que serão causados. Se o balanço dessa análise for positivo, significa que uma decisão em tal sentido trará mais benesses que ônus, e ela deve ser adotada. Nesse sentido, explica Humberto Ávila²³:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?

Virgílio Afonso da Silva²⁴ acrescenta que a proporcionalidade em sentido estrito nada mais é do que um mandamento de ponderação ou sopesamento: em caso de colisão entre direitos fundamentais, a realização de cada um deles depende do grau de realização dos demais e o sopesamento entre eles busca atingir um grau ótimo de realização para todos. Afirma ainda que a otimização de um direito fundamental, nesse caso, vai depender das possibilidades jurídicas presentes.

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002, p. 23-50.

Alem disso, segundo o autor, não é necessário que determinada medida comprometa o chamado 'núcleo essencial' de um direito fundamental para que seja considerada desproporcional em sentido estrito. Basta que sua fundamentação não tenha peso para justificar a adoção dessa medida em face da realização de outro direito constitucional.

A regra da proporcionalidade em sentido estrito possui imenso valor nas situações envolvendo conflitos de mesmo grau. Conflitos entre princípios da Ordem Econômica de graus diferentes resolvem-se pela prevalência dos Princípios de Primeiro Grau. Vale ressaltar que a interpretação de conflitos de Segundo Grau deve ser orientada pelos princípios de Primeiro Grau, assunto que será objeto de análise do capítulo seguinte.

As críticas quanto à dogmática germânica da proporcionalidade são muitas, especialmente no tocante à última fase, geralmente compreendida como uma decisão completamente arbitrária. Compartilha desta visão Jürgen Habermas²⁵, o qual questiona a legitimidade do Poder Judiciário para decidir utilizando a ponderação, sugerindo que seria uma invasão da competência do Poder Legislativo e um agigantamento descontrolado do Poder Judiciário.

Entretanto, tal crítica não leva em consideração que é impossível a previsão legislativa que abarque todas as possibilidades, tendo em vista o elevado grau de complexidade do corpo social, portanto, o papel da ponderação é inevitável.

Já o postulado da segurança jurídica não está presente especificamente em nenhum dispositivo, mas ele deriva do próprio Estado Democrático de Direito, estando subjacente ao sistema constitucional e arraigado à própria noção de Direito. É, antes de tudo, um princípio geral do Direito, cuja função precípua é manter a ordem e a estabilização das relações sociais.

A segurança jurídica traz a previsão dos resultados e consequências das condutas realizadas pelos indivíduos. Ao agir, os indivíduos são guiados pelo quadro normativo exposto pelo ordenamento jurídico-positivo e desde já sabem as possíveis consequências advindas das suas condutas. Desse modo, espera-se da ordem jurídica um mínimo de segurança, que rege a vida social. Mais do que uma aspiração da ordem jurídica, a segurança jurídica é de obrigatoriedade nas relações

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebenehler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 314-330.

entre sujeitos de direito, pois veda a surpresa e os abalos repentinos nessas relações, esperando, ao máximo, a estabilidade destas.

Na relação jurídica cidadão-Estado, como forma de evitar arbitrariedades por parte da Administração, há a exigência, pela segurança jurídica, na condução da atuação administrativa, tornando-a um dos valores a serem consagrados no bojo da sociedade. Tudo isso fruto dos ditames do Estado Democrático de Direito o qual ordena o modelo constitucional brasileiro.

A segurança jurídica, como garantia das legítimas expectativas dos administrados e estabilização das relações sociais, é o que diferencia a relação cidadão-Estado da relação súdito-soberano de outrora. Este último fundado em arbitrariedades dos governantes e na quebra das expectativas populares, com atuação ilimitada na esfera privada dos particulares, sem que houvesse aviso prévio.

2.3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

O fato das Constituições versarem sobre a ordem econômica é relativamente recente. Isso se deu, sobretudo, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. De acordo com a Constituição Federal de 1988, a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na Livre Iniciativa.

Conforme preceitua José Afonso da Silva²⁶, a Constituição consagrou uma economia capitalista, mas também previu, conferindo igual prioridade, os valores do trabalho humano. Para tanto, estabelece o art. 170 nove princípios da ordem econômica, que possuem como finalidade assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social. Além disso, guia-se a ordem econômica também pelo princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica.

A soberania é o primeiro princípio aparente. Nas palavras de Jean Bodin²⁷ a soberania é um poder supremo, incontestável, não submetido a nenhum outro

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito consitucional positivo**. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 766.

²⁷ BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**, Livro I, Capítulo VIII, p. 179.

poder, caracterizando-se por ser uma, absoluta, indivisível, inalienável, imprescritível, irrevogável e perpétua.

É cediço que não basta encontrar-se em um território delimitado geograficamente, com uma população estável, sujeita à autoridade de um governo para que se identifique um Estado. Somente encontra-se essa característica de pessoa jurídica de direito das gentes quando esse não se subordina a nenhum outro Estado, sendo, portanto, soberano²⁸.

Ainda na lição do Francisco Rezek, diz-se que soberania se subdivide em duas: soberania interna e soberania externa. A soberania interna traduz a impossibilidade de se limitar o poder do Estado, quando esse edita leis e ordens para os indivíduos que habitam seu território. Já a soberania externa deve ser entendida como a impossibilidade de subordinação ou dependências nas relações entre Estados. Essa relação, frise-se, será sempre de igualdade.

André Ramos Tavares²⁹, no entanto, lembra que o conceito contemporâneo de soberania vem se transformando, distanciando-se do conceito clássico, sobretudo por conta do denominado Direito Comunitário. O autor ainda afirma que a soberania nacional decerto impõe que o Estado não esteja subordinado, não se adeque a qualquer relação de dependência, principalmente econômica.

Malgrado o Brasil seja soberano, não se trata de uma soberania absoluta, tendo em vista que nenhum país pode se isolar completamente, especialmente do ponto de vista econômico. Assim, conclui que o princípio da soberania deve ser entendido e estudado juntamente com o princípio do desenvolvimento econômico.

Outrossim, esclarece André Ramos Tavares que

a globalização trouxe questões que afetam diretamente a noção clássica de soberania nacional, impondo a necessidade de uma nova concepção de soberania, pela especialmente no campo econômico qual seja possível a preservação da capacidade de autodeterminação do Estado com a presença da livre concorrência no mercado nacional e o respeito simultâneo às normas e práticas supramencionadas relacionadas à atividade econômica.³⁰

Assim, vê-se que a soberania nacional, além de ser considerada elemento constitutivo do Estado, é princípio norteador da ordem econômica brasileira,

²⁸ REZEK, Francisco. A ética da Ordem Econômica na Constituição do Brasil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. São Paulo: LTr, 2011, p. 35.

²⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 147.

³⁰ Idem, p. 149.

devendo ser entendido com as ressalvas necessárias, visando sempre o desenvolvimento econômico do País.

Outro princípio a ser ressaltado na Carta Constitucional é a propriedade privada. A partir da leitura do art. 170, II da Constituição Federal, vê-se que o modelo de ordem econômica adotado é o modelo capitalista. Dessa forma, ressalta Manoel Jorge e Silva Neto³¹ que o constituinte, ao prever a propriedade privada como princípio, não está tratando apenas da possibilidade do indivíduo adquirir bens, e sim da imposição de acesso a tais bens, até mesmo para garantir sua sobrevivência.

O Texto Constitucional, em verdade, indica a permissão para o acesso aos bens de produção, que, por sua vez, são destinados à aquisição de outros bens. Isso porque os bens de produção constituem o respeito à propriedade privada, na qual se funda o Capitalismo.

Nas palavras de Francisco Rezek, a propriedade privada, a despeito de ser um direito fundamental, não é um poder absoluto, já que seu titular encontra, na obrigação de não confrontar direito alheio, limites a seu próprio direito.³²

Impende ressaltar que o modelo econômico do Liberalismo, bem como a economia descentralizada, encontram-se centrados na tutela da propriedade privada. Por outro lado, o art. 5º, inciso XXIII da Constituição Federal estabelece que a propriedade atenderá a sua função social. José Afonso da Silva preleciona que, em função dessa previsão, “não há mais como considerar a propriedade como um direito puramente privado, ou mesmo como um direito individual”³³. A função social da propriedade, mesmo que não seja do interesse do proprietário, deve ser atendida, em virtude de ser dada pelo ordenamento jurídico e atender ao interesse coletivo.

De igual sorte tem-se a defesa do consumidor que aparece novamente no capítulo dos princípios da Ordem Econômica na Constituição Federal (art. 170, V), tendo em vista que se consagrou como direito coletivo previsto no art. 5º do mesmo

³¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 847.

³² REZEK, Francisco. A ética da Ordem Econômica na Constituição do Brasil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. São Paulo: LTr, 2011, p. 35-36.

³³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 144.

diploma. Em verdade, como observa Fábio Comparato³⁴, a defesa do consumidor trata-se de um princípio-programa, pois possui como objeto uma ampla política pública.

Consigna André Ramos Tavares que “o princípio da liberdade congrega, nas relações de consumo, duas forças que atuam em sentidos opostos”³⁵. Dessa forma, de um lado temos a força empresarial, voltada para a liberdade de iniciativa, produção e concorrência e, de outro lado, temos a liberdade do consumidor em conhecer, se informar e adquirir, ou não, determinado produto colocado no mercado de consumo.

Destaca Manoel Jorge e Silva Neto³⁶ que o princípio da defesa do consumidor está interligado ao princípio da Liberdade de Concorrência, pois, como as empresas tem que disputar o mercado consumidor, terão que se esforçar para melhoria da qualidade dos produtos para que, assim alcancem o maior número de consumidores. Conclui o autor que “a ofensa à livre concorrência é maltrato também a defesa do consumidor; preservada aquela, esta será inevitavelmente protegida”

Não obstante estes princípios, o Ordenamento Jurídico prevê no art. 170, VI da Constituição Federal, a preservação do meio ambiente mediante tratamento diferenciado, admitindo-se, por exemplo, concessões de incentivos fiscais para se obter o cumprimento espontâneo da norma de defesa da natureza, pautando-se assim o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, desenvolvimento e proteção ambiental atuarão em cumplicidade. Um não diminuirá a atuação do outro e ambos se complementarão.

No dispositivo do art. 170, VII da Constituição Federal, está também consagrada a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, prevista também no art. 3º, III e no art. 165, § 7º da Constituição Federal. Luis Roberto Barroso³⁷ entende que o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais, em verdade, é um dos princípios-fins da ordem econômica.

³⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro**: comentários à lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 68.

³⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003p. 187.

³⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 831.

³⁷ BARROSO, Luis Roberto. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle dos preços**. Revista de Direito Administrativo. v. 226. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 189.

Destaca André Ramos Tavares que

os efeitos das desigualdades regionais somados aos das desigualdades sociais são, como é de conhecimento geral, catastróficos para o ser humano e para a economia do país. É igualmente conhecida a migração que se promove internamente no país para os pólos de desenvolvimento, o que agrava ainda mais as desigualdades que a Constituição pretendeu fossem combatidas energicamente.³⁸

Já o princípio da busca por pleno emprego, previsto no art. 170, VIII, deve ser entendido como um princípio programático. Isso porque não há como se falar em totalidade empregatícia para os cidadãos somente porque a Constituição assim determina.

Nessa linha, Manoel Jorge e Silva Neto³⁹ explica que o termo “pleno emprego” não deve ser entendido com a situação em que todas as pessoas estão empregadas. Com efeito, a própria economia entende que estará sendo atendido o princípio quando não mais de 3% da população economicamente ativa estiver desempregada.

O princípio do tratamento favorecido ao pequeno empresário, previsto no art. 170, IX da Constituição Federal, como também no art. 179 do mesmo diploma e no art. 970 do Código Civil de 2002, deve ser entendido como o princípio do tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte. Segundo tal preceito, os entes deverão incentivar o tratamento diferenciado por meio da simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei, das microempresas e empresas de pequeno porte, como também do microempresário.

André Ramos Tavares⁴⁰ traz importante discussão, acerca desse princípio, ao investigar se este seria uma exceção ao princípio da Liberdade de Concorrência. Destaca o autor, no entanto, que essa tese não poderia prevalecer, tendo em vista que esse tratamento diferenciado serve para proteger as empresas que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas, assegurando, dessa forma, a concorrência em condições justas.

A Livre Iniciativa, por sua vez, está presente no *caput* do art. 170 da Constituição e é considerada fundamento da República Federativa do Brasil, pois consta no inciso IV do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Este princípio

³⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 214.

³⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 831 – 832.

⁴⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p.222.

demonstra a opção da República Federativa do Brasil, através do seu poder constituinte, pelo modo de produção capitalista.

O princípio da Livre Iniciativa está umbilicalmente ligado ao princípio da legalidade, tendo em vista que para que haja intervenção do Estado e para que essa seja legítima, somente pode ser dada mediante lei e, logicamente, dentro dos parâmetros constitucionais.

Nessa linha, importante é observar que, apesar de fundamento da República Federativa do Brasil, a Livre Iniciativa encontra limitações. Sabe-se que a liberdade de iniciativa nunca foi admitida de forma absoluta desde a sua primeira positivação. Isso porque, a própria Constituição Federal de 1988 no *caput* do art. 170 estabeleceu que a ordem econômica guiar-se-ia conforme os ditames da realização da justiça social e do bem-estar coletivo, para que se garanta uma existência digna a todos.

Complementando o preceito anterior, prevê a Constituição Federal, em seu art. 170, IV, a Liberdade de Concorrência, que nas palavras de Paulo Sandroni⁴¹ se traduz como a “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhum delas gozem da supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”.

O princípio da Liberdade de Concorrência pressupõe vários empreendedores competindo em situação de igualdade. Dessa forma, não se admite nenhuma forma de monopólio ou de distorção das regras de mercado livre. Da própria estrutura semântica, entende-se que o princípio da Liberdade de Concorrência pressupõe disputa e liberdade para disputar. Nesse sentido, conceitua-se o princípio como sendo “a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado”⁴².

Na previsão da Liberdade de Concorrência como princípio da ordem econômica brasileira, o constituinte elegeu o modelo capitalista, pois a competitividade inerente a Liberdade de Concorrência é característica do Capitalismo. Em verdade, como destaca Luis Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁴³, o “preceito em apreço tem por escopo assegurar o regime de

⁴¹ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 118-9.

⁴² TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 255.

⁴³ ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 375..

mercado no cenário econômico nacional. Deste modo, qualquer tipo de conduta estatal ou privada que venha coibir o regime de Liberdade de Concorrência estará violando a Constituição”.

Ademais, a própria Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 173, parágrafo 3º, que a lei deve prever punições para a prática de atos que venham a ser contrários à Liberdade de Concorrência e, portanto, contrários aos fundamentos da ordem econômica e financeira.

Nesse diapasão, afirma Celso Ribeiro Bastos que

a livre concorrência hoje, portanto, não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existe, portanto, o que pode ser chamado um regime normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições do mercado livre. O princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado, sem falar na negativa consistente na eliminação das disfunções e imperfeições.⁴⁴

É bem verdade que com a globalização e o conseqüente crescimento do comércio, a concorrência ampliou-se. Se usada de forma coerente e de acordo com o Ordenamento Jurídico, é extremamente importante, inclusive quando se fala em mercados internacionais. Logo, tem-se que a Liberdade de Concorrência expressa, também, a ideia de eficiência.

Assim, pode-se afirmar que, inexistente o princípio da Liberdade de Concorrência, impossível seria falar em modelo capitalista e economia de mercado. Vê-se, portanto, que a previsão da Liberdade de Concorrência como princípio da ordem econômica e financeira está intimamente ligada à sobrevivência do sistema capitalista e também à defesa do consumidor.

Como será exposto a seguir, a Livre Iniciativa e a Liberdade de Concorrência são pilares indissociáveis da Liberdade de Iniciativa Econômica, sendo essenciais ao capitalismo

2.4 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA COMO PRINCÍPIO DE PRIMEIRO GRAU À INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A Livre Iniciativa, como visto anteriormente, é considerada fundamento da República Federativa do Brasil e demonstra a opção desta nação, através do seu

⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

poder constituinte, pelo modo de produção capitalista. Nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁵

a consagração da liberdade de iniciativa, como primeira das bases da ordem econômica e social, significa que é através da atividade socialmente útil a que se dedicam livremente os indivíduos, segundo suas inclinações, que se procurará a realização da justiça social.

O parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal estabelece que é livre o exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, ressalvando-se, no entanto, os casos previstos em lei. Dessa forma, saliente-se que o exercício de algumas profissões, por exemplo, não pode se dar de forma independente, dependendo, outrossim, de determinada qualificação.

Assim, preleciona André Ramos Tavares⁴⁶ que

a liberdade privada em dedicar-se a uma determinada atividade econômica significa tão-somente liberdade de desenvolvimento dessa atividade no quadro estabelecido pelo Poder Público, dentro dos limites normativamente impostos a essa liberdade. Este é o motivo pelo qual se pode afirmar validamente que a liberdade de iniciativa se exerce dentro dos parâmetros em que há de ser reconhecida, fazendo-se compreender, no texto constitucional, a abertura para a criação de restrições por via da lei, desde que plausíveis e compatíveis com o interesse público.

A regra, no entanto, é a liberdade e, sendo assim, a Liberdade de Iniciativa para o empreendedor é a regra também. Dessa forma, é preciso que a lei traga imposições que limitem a Livre Iniciativa. Na ausência de determinadas leis, que condicionam a liberdade de iniciativa, essa será ampla. Essa amplitude, contudo, não pode ser encarada de forma absoluta, pois, mesmo que inexistente lei limitadora, os princípios constitucionais devem ser observados, independentemente de qualquer coisa. Ainda é bom frisar que qualquer lei que venha a limitar o exercício da liberdade de iniciativa terá que encontrar fundamento para a restrição na Constituição Federal de 1988.

De acordo com Manoel Jorge e Silva Neto⁴⁷, não se pode limitar a Liberdade de Iniciativa Econômica, nem mesmo a título de exercício do poder de polícia. Não pode o Poder Público utilizar-se, por exemplo, do interesse público para determinar uma limitação à atividade econômica. Desse modo, resta claro que, senão os

⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.3.

⁴⁶ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p. 252.

⁴⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010, p. 833.

próprios princípios constitucionais, somente a lei está autorizada a limitar a liberdade de iniciativa.

Importa destacar, ademais, que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que, se a lei editada pelo corpo legislativo competente restringir, de forma excessiva, a Liberdade de Iniciativa Econômica, tal lei estará passível de decretação de inconstitucionalidade por violação ao princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, vê-se que o entendimento do Supremo liga-se ao fato de que a lei deve encontrar fundamento na própria Constituição para sua limitação e observar a proporcionalidade.

Ainda, há de se destacar, conforme preceitua José Afonso da Silva⁴⁸, que o princípio da Livre Iniciativa possui a mesma sistemática da valorização do trabalho humano. Isso porque, como já dito, ao adotar o sistema capitalista de produção, a Constituição Federal de 1988 não esquece de priorizar também o trabalho humano. Assim, essa prioridade acaba por determinar e orientar a intervenção do Estado na Economia, a fim de que, de fato, valorize-se o trabalho humano e seus valores sociais.

O princípio da Livre Iniciativa e, por consequência, o da Liberdade de Iniciativa Econômica são de suma importância para o equilíbrio da economia e também para fazer valer a justiça social.

2.4.1 Hierarquização de Princípios da Ordem Econômica na Constituição de 1988

Se a doutrina permite a hierarquização de princípios constitucionais, então é também possível vislumbrar que o mesmo ocorra em relação aos Princípios da Ordem Econômica, decorrente da própria hierarquização do ordenamento jurídico predita por Adolf Julius Merkl, discípulo de Kelsen e grande artífice da construção hierárquica normativa. Semelhante análise é possível à luz da interpretação dos artigos 1º e 170 da Constituição de 1988⁴⁹.

⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 762.

⁴⁹ BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;

Neste ensejo pode-se fazer a seguinte análise: os princípios elencados no artigo 170 são desdobramentos daqueles trazidos pelo artigo 1º da Constituição Federal, assim como os incisos são conseqüências lógicas do caput, com exceção dos incisos I e IV, que serão pormenorizados adiante.

A própria estruturação e técnica legislativa utilizada na Carta Magna denota a existência de diferentes graus entre os princípios concernentes à Ordem Econômica constitucional.

Não levar em conta a escolha feita pelo legislador em colocar determinados princípios no caput do artigo e outros apenas nos incisos que lhe devem obediência seria desprezar a própria influência que a cabeça de um artigo possui por sobre os incisos que lhe compõem.

Desta forma, a concretização do conteúdo normativo dos princípios inseridos nos incisos do artigo supra citado devem estar limitados pelo quadro interpretativo construído a partir da leitura do caput em questão, funcionando como verdadeiro pressuposto à interpretação de tais princípios.

A Justiça Social e a Existência Digna a todos são finalidades, conforme preceitua André Ramos Tavares⁵⁰; seriam equivalentes a postulados ou sobreprincípios, segundo Humberto Ávila⁵¹. Ademais, a vedação ao retrocesso social impede a desvalorização do trabalho para privilegiar a atividade empresarial.

Dessa forma, apenas uma causa muito grave e com fundamentos extremamente consistentes autorizariam a flexibilização das leis trabalhistas pelo Poder Legislativo, sendo impensável a delegação da competência, em abstrato, ao

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

⁵⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003.

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

Judiciário. No caso concreto, é possível prever situações excepcionalíssimas em que o Judiciário estaria autorizado a intervir no sentido de reduzir direitos trabalhistas, como ocorre, por exemplo na hipótese da recuperação de empresas.

A propriedade privada, incluída no inciso II, é uma consequência da opção do constituinte pelo sistema capitalista, evidenciada no artigo 1º na expressão “livre iniciativa”, que será pormenorizada no decorrer deste trabalho.

A função social da propriedade, por sua vez, encontra guarida na manutenção da cidadania e da dignidade da pessoa humana, servindo de limite e fiel da balança quanto ao alcance dos fins últimos das ações do Estado e da Ordem Econômica. Na mesma linha encontram-se os princípios de defesa do consumidor e do meio ambiente.

O inciso VII, que trata da redução das desigualdades regionais e sociais; e o VIII, sobre a busca do pleno emprego, tem relação direta com a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho abordados no artigo 1º da CF, enquanto o inciso IX do art. 170 do mesmo diploma é compreendido pela Livre Iniciativa.

A Liberdade de Concorrência, por sua vez, aparece no inciso IV como uma característica à parte da Livre Iniciativa, o que, como será demonstrado adiante, não é apropriado, haja vista que a Liberdade de Concorrência e a Livre Iniciativa são indissociáveis; duas faces da mesma moeda.

Com isso, observa-se que há princípios mais amplos que incorporam outros princípios correlatos e mais específicos. Sob esta ótica, chega-se à conclusão de que o constituinte, *data vênia*, equivocou-se ao abordar, no art. 170, a soberania nacional e Liberdade de Concorrência pois a soberania é em uma prerrogativa de existência do próprio Estado, portanto a máxima a partir da qual se desenvolvem os demais pressupostos

A proposta de hierarquização consiste, assim, num escalonamento dos princípios da Ordem Econômica tendo em vista o grau de maximização e o grau de abstração destes princípios, visando promover maior segurança jurídica, auxiliar a atividade jurisprudencial e contribuir com a construção de decisões mais precisas e menos eivadas do caráter de “decisionismo”, como bem apontou Daniel Sarmento⁵², para quem o caráter abstrato dos princípios leva alguns juízes a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos.

⁵² SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: *Lumen Juris*, 2006, p. 200.

Esse negligenciamento ocorrido por parte dos magistrados, identificado acima como consequência do decisionismo judicial, tem como sintoma também uma maior importância assumida pela pré-compreensão do julgador acerca da matéria fática e/ou jurídica em análise, do que o próprio confronto das normas jurídicas atinentes ao caso concreto.

Paulo César Santos Bezerra⁵³, explica que “a finalidade primordial do direito é resolver conflitos. Pacificá-los e pacificar a sociedade. Contudo só atinge essa finalidade quando utilizado e aplicado de forma justa”. Evidentemente, entretanto, não estará alcançando sua finalidade o Direito, quando as decisões emanadas do Judiciário consistirem em decisionismo.

Isto ocorre em função da aplicação desmedida do método da ponderação diante de casos em que não se encontram em colisão princípios de mesmo grau. Quando a colisão ocorre entre princípios de diferentes graus, a solução aproxima-se do critério hierárquico, comum ao conflito de regras. Não se quer dizer que desta forma os princípios devam ter sua aplicação confrontada a partir do método do tudo ou nada, onde seria integralmente afastado um dos princípios para manter-se o outro. Em verdade, deve-se levar em conta a hierarquização para direcionar a interpretação do princípio de grau inferior com base na moldura estabelecida pelo de grau superior, numa espécie de limitação do seu raio de interpretação a partir de um direcionamento geral.

Consagrando-se a hierarquia entre os princípios e sua influência na interpretação como indicado acima, ocorrerá uma diminuição considerável do espaço deixado para a arbitrariedade dos julgadores e a prevalência do decisionismo na medida em que estes estarão limitados à moldura interpretativa do princípio de grau superior, e ainda assim obrigados a emanar uma fundamentação consistente, sob pena de eivar de injustiça as decisões proferidas.

Em última instância, o reconhecimento da hierarquia entre os princípios seria uma imposição da unidade constitucional⁵⁴, vez que a interpretação de toda a Carta Magna deverá sempre possuir como norte os postulados e aqueles princípios alçados ao grau de fundamentos do próprio Estados.

⁵³ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 44.

⁵⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 31.

Marcelo Figueredo defende que o princípio da unidade da constituição seria o “corolário do princípio da unidade da Ordem Jurídica, (...) apresenta-se como norma síntese da ‘pirâmide’ jurídica.”

Assim, especificamente no que tange à Ordem Econômica, considerar-se-iam princípios de Primeiro Grau: a Liberdade de Iniciativa Econômica (a ser trabalhado no próximo capítulo), a valorização do Trabalho Humano (limite intrínseco ao anterior) e a Soberania Econômica (a ser estudado no último capítulo de desenvolvimento).

Como Princípios de Segundo Grau estariam compreendidos: a propriedade privada e sua função social, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

2.4.2 A Liberdade de Iniciativa Econômica e a concepção de Postulado e Sobreprincípio

O Princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica não pode ser confundido com a ideia de Postulado Normativo Aplicativo, concebida por Humberto Ávila⁵⁵. Para ele, o Postulado não representa “o dever de promover a realização de um estado de coisas”, mas sim “o modo como esse dever deve ser aplicado.”

Os Postulados estão situados no campo das metanormas ou normas de segundo grau, estruturando a aplicação das normas. Estes Postulados não podem ser violados, mas apenas as normas que eles estruturam. Daí pode-se inferir a primeira diferença entre o Postulado e a Liberdade de Iniciativa Econômica, pois esta carece desta prerrogativa.

A Liberdade de Iniciativa Econômica pode ser violada, quando houver a inviabilização de atividade econômica lícita e regular, sem uma fundamentação consistente em Princípios colaterais ou superiores. Ávila ainda expõe o sobreprincípio como uma norma que fundamenta a aplicação das demais, encontrando-se no mesmo plano delas. O sobreprincípio tem a função de atribuir

⁵⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

sentido às normas hierarquicamente inferiores, o que pode representar um distanciamento da hierarquização em graus aqui proposta.

Entende-se que no caso dos Princípios da Ordem Econômica da Constituição brasileira de 1988 aqueles enquadrados em grau inferior podem atribuir sentido aos de grau superior. O que existe, na verdade, é uma relação de precedência dos princípios de grau superior. Por exemplo, o princípio do tratamento favorecido ao pequeno empresário decorre logicamente do princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica, o que impõe a aplicação daquele orientada por este.

3 CONTEÚDO JURÍDICO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA EM FACE DA HIERARQUIZAÇÃO DE PRÍNCÍPIOS

Ao longo da história da humanidade, muitos foram os movimentos que tiveram como escopo a afirmação e a defesa da liberdade. O final do século XVII e início do século XVIII, na Europa ocidental, foram marcados pelo surgimento de correntes de pensamento com um ideal libertário que vieram a pôr fim ao *Ancien Régime*⁵⁶. Tais pensamentos liberais ocasionaram transformações substanciais na sociedade, até então regida pelo absolutismo monárquico. Essas transformações ergueram uma sociedade fundada em preceitos liberais.

Deve-se lembrar da Revolução Burguesa do século XVIII, em que a ideia de liberdade foi consagrada, sendo o Século das Luzes o seu apogeu histórico. Os objetos opressores da liberdade, iguais à nobreza, o absolutismo, o feudalismo e a Igreja, foram fortemente combatidos pela sociedade burguesa, com seus ideários liberais, que garantiram a transformação social nesse tempo.

Houve uma mudança substancial no cenário social, político, econômico, religioso, intelectual, etc., na Europa Ocidental do século XVIII, que teve a liberdade como principal valor para combater as amarras sociais do período do absolutismo. Reivindicou-se a Livre Iniciativa, a liberdade de crença, liberdade de expressão, a liberdade política, e outras, que foram agregadas ao Direito, como forma de garantir uma tutela baseada na lei formal, podendo-se falar em certo “direito de liberdade”.

No contexto contemporâneo, após a Segunda Guerra Mundial, esse movimento pode ser visto de forma universalizante, estendendo a tutela desse direito a todos os povos. A Declaração Universal dos Direitos do Homem traz o princípio da liberdade como um verdadeiro limite interior ao Estado perante os indivíduos, fazendo com que as Constituições de todas as nações adotassem-no como direito fundamental. A ideia da liberdade é inexorável ao destino da humanidade⁵⁷.

⁵⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 123.

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 62.

Conceituar liberdade torna-se tarefa árdua, pois sua definição é bastante imprecisa, devido ao vasto, até mesmo, ilimitado, campo de aplicação. No dizer de Miguel Reale⁵⁸

A diversidade dos valores hierarquicamente distribuídos assume configurações conjunturais distintas, devendo-se falar em diferentes tipos de invariantes demarcadoras dos horizontes espirituais, correspondentes ao espírito epocal, que, na Antiguidade clássica foi predominantemente ontológico; na Idade Média foi fundamentalmente teológico; na Época Moderna, decididamente gnoseológico, assim como na Era Contemporânea é de crescente sentido axiológico, o que se compreende de à luz da condição do homem em nossa era, cada vez mais disperso na sociedade de massa; cada vez mais impotente no círculo da absorvente comunicação cibernética; cada vez mais temeroso no meio de revolucionárias conquistas científicas e técnicas, ameaçadoras dos bens da natureza e da vida em nosso planeta, sentindo todos os riscos de perder o valor supremo de seu *ser pessoal no mundo*.

Pode-se pensar num conceito de liberdade, tal como determinado por Thomas Hobbes⁵⁹, como “aquilo que não encontra obstáculos, restrições ou resistência”. Para esse autor

Liberdade significa, em sentido próprio, a ausência de oposição (entendendo por oposição os impedimentos externos do movimento); e não se aplica menos às criaturas irracionais e inanimadas do que às racionais. (...) Conformemente a este significado próprio e geralmente aceite da palavra, um homem livre é aquele que, naquelas coisas que graças a sua força e engenho é capaz de fazer, não é impedido de fazer o que tem vontade de fazer. (...) Por último, do uso da expressão livre arbítrio não é possível inferir qualquer liberdade da vontade, do desejo ou da inclinação, mas apenas a liberdade do homem; a qual consiste no fato de ele não deparar com entraves ao fazer aquilo que tem vontade, desejo ou inclinação de fazer.

Tal definição pode constituir um avançado passo para a conceituação, contudo permanece insuficiente. Na visão de Luiz Antônio Nunes⁶⁰, liberdade é uma grande complexidade, da qual podem ser extraídas diversas acepções, sentidos, haja vista ter múltiplas possibilidades de formas de serem vivenciadas.

É importante para a compreensão do tema em discussão, além de uma visão da liberdade em si, um estudo associativo entre liberdade e verdade, na ótica do discurso de Heidegger, estabelecendo a verdade como coadjuvante da liberdade do ser. Marília Muricy Machado Pinto, com muita propriedade, estabeleceu algumas

⁵⁸ REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. **Estudos Avançados**. 1991, vol.5, n.13, p. 131-144.

⁵⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatan ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁶⁰ NUNES, Antonio Luiz. **Liberdade, norma, consciência, existência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 80.

premissas desta indelével vinculação entre a ideia de liberdade e sua fundamentação para a busca da verdade. Nos dizeres de Marília Muricy⁶¹:

“A identificação heideggeriana entre verdade e liberdade põe uma pá de terra sobre a disputa dos 'senhores filósofos, sobre a qual recaiu a ironia de Nietzsche, disputa em que diferentes teorias reivindicam, com exclusividade, o estatuto de segurança e acerto absolutos, mas não conseguem disfarçar as crenças que ocultam e pretendem justificar. De acordo com Heidegger, não é função da verdade servir como critério de certeza para garantir o êxito da ciência; sua natureza é, sim, a de coadjuvante da liberdade do ser”

Mais adiante, em sua tese, a autora clarifica a vinculação entre liberdade e justiça:

A relação entre uma ontologia da vida humana, como liberdade, e a filosofia hermenêutica parece-nos essencial para um conceito de verdade jurídica que ponha, no centro da discussão, o pacto entre liberdade e justiça. Sendo a vida humana uma realidade que se autocompreende e se projeta para o futuro, responsabilizando-se, portanto, por ser história, obriga-se, por imposição de sua própria estrutura, a justificar-se, a dar razões. Finita, precária, a existência humana, em qualquer dos modos como se apresente (individual ou coletivamente) carrega, sempre, consigo, o peso da responsabilidade ética, instada à seleção de alternativas e à necessidade de justificar as escolhas realizadas. Daí que a filosofia hermenêutica aponte, como seu problema crucial, a questão da fundamentação ética, questão que, nas sociedades complexas de hoje, em que a tradição e a autoridade já não mais atuam como critérios para legitimar decisões, assume contornos de especial dificuldade⁶².

Isaiah Berlin trouxe uma notável contribuição ao tema ao privilegiar a abordagem de *liberdade* sob duas óticas: a liberdade negativa e a liberdade positiva. A primeira corresponde à possibilidade de não sofrer interferências na faculdade de agir segundo a própria vontade, ou seja, a ausência de obstrução à ação. Assim, quanto menos interferência externa houver em relação ao agir de uma pessoa, mais ela será livre.

Political liberty in this sense is simply the area within which a man can act unobstructed by others. If I am prevented by others from doing what I could otherwise do, I am to that degree unfree; and if this area is contracted by other men beyond a certain minimum, I can be described as being coerced, or, it may be, enslaved. (...) The criterion of oppression is the part that I

⁶¹ PINTO, Marília Muricy Machado. **Intrepretação e Senso Comum**. 2006. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, São Paulo, 2006, p. 53-4.

⁶² Idem, p. 103-5.

believe to be played by other human beings, directly or indirectly, with or without the intention of doing so, in frustrating my wishes. By being free in this sense I mean not being interfered with by others. The wider the area of non-interference the wider my freedom⁶³

A segunda, a liberdade positiva, relaciona-se com o desejo do ser humano de gerir a própria vida, de ser dono de si, de sua vontade, suas decisões, sem envolvimento de forças externas, seja lá de qual tipo forem. Trata-se, portanto, de uma ideia de autogoverno⁶⁴. Na prática, observa-se que as diversas teorias sobre liberdade compreendem uma das duas interpretações trazidas por Berlin, as quais, sob alguns aspectos são complementares.

Bobbio⁶⁵, em sua obra *liberdade e igualdade*, desenvolve os conceitos de liberdade positiva e negativa. O conceito de liberdade positiva, na sua visão, consiste na vontade do indivíduo de realizar algo agindo de acordo com uma finalidade, sem que outrem lhe determine isto. Caracteriza-se pela autonomia que o indivíduo possui de fazer suas escolhas sem ser movido por forças exteriores a sua vontade. Essa concepção positiva remete à ideia de liberdade trazida por Rousseau, para quem o homem é livre na medida em que se autodetermina, ou seja, dá as leis a si mesmo⁶⁶.

Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja de toda força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedeça portanto senão a si mesmo, e permaneça tão livre quanto anteriormente. Tal é o problema fundamental cuja solução é dada pelo contrato social.

Trazendo essa distinção para uma dimensão histórica, observa Bobbio que a liberdade do povo moderno equivale às liberdades negativas, enquanto as liberdades dos antigos seriam as positivas. Segundo o autor, a liberdade verdadeira

⁶³ “Liberdade política, neste sentido, é simplesmente a área dentro da qual um homem pode agir sem obstrução de outros. Se sou impedido por outras pessoas de fazer aquilo que de outra forma eu poderia fazer, eu estou nesse aspecto não livre; e se essa área é contraída por outros homens abaixo de um determinado mínimo, eu posso ser descrito como coagido, ou talvez escravizado. (...) O critério da opressão é a parte que eu acredito ser manipulado por outros homens, direta ou indiretamente, com ou sem intenção de fazê-lo, no intuito de frustrar minha vontade. Ser livre, neste sentido, significa que não estou sofrendo a interferências dos outros. Quanto maior a área de não interferência, maior é minha liberdade”. (tradução livre) BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Isaiah Berlin: Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 50.

⁶⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social: Ensaio sobre a origem das línguas**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

é a liberdade negativa, aquela em que não deve existir algum impedimento. Contudo, para afirmar-se que uma ação é livre, é necessária a interação das duas formas de liberdade, tanto a positiva quanto a negativa. Tem que haver o fato negativo do não empecilho (feição negativa), mas também a autodeterminação (feição positiva)⁶⁷.

O Estado, através de sua constituição, é a organização capaz de assegurar a liberdade dos indivíduos como garantias fundamentais. E para evitar arbítrios, tão sofridos outrora, institui-se a separação de poderes e controle das forças pela fragmentação do poder do Estado, como forma de garantir a liberdade. As ideias iluministas desse século dão azo à imprescindibilidade do Direito Positivado, aquele criado pela razão humana, a fim de fundamentar o Estado de Direito e evitar arbitrariedades do governo.

À luz desta breve exposição torna-se mais fácil compreender o conteúdo jurídico do princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica.

3.1 LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA

Na seara política, muitos foram os pensadores que contribuíram para a formação do conceito de liberdade de Iniciativa Econômica. No século XVI, o pensador político Thomas Hobbes⁶⁸, em sua obra *Leviatã*, traz uma concepção natural de homem livre a qual aduz que os homens são motivados pelo desejo ilimitado. São completamente livres quando nascem, pois habitam o estado de natureza, aquele que precede à formação da sociedade.

No estado de natureza, onde não existem leis heterônomas ou instituições que o regule, encontra-se a plena liberdade humana. Se não existir uma sociedade civil formada organizadamente, apenas um estado natural, onde predominam as “leis dos lobos”⁶⁹, onde a moral não prevalece e onde todos querem ao mesmo tempo dominar e alcançar o poder, matando uns aos outros.

Contudo, este estado natural é extremamente perigoso, na medida em que cada indivíduo age de maneira independente, guiado por desejos próprios

⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p. 52.

⁶⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁶⁹ CHÂTELE, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 51.

almejando o poder e o controle dos fortes sobre os mais fracos. Pode-se ocasionar um estado de guerra civil, de caos, em que o homem é o predador do próprio homem, tornando-se esse estado insuportável para a vida dos indivíduos. Hobbes⁷⁰ liga esse estado de natureza à morte, e vê a necessidade de construir uma instância superior que traga ordem e possa dirigir os indivíduos trazendo a paz a todos.

A formação do Estado dar-se-á na forma de um contrato em que cada um abdica de parcela de sua liberdade plena, em favor dessa entidade soberana, a fim de prevalecer a paz e o bem comum. A liberdade dos indivíduos seria garantida por esse pacto social que forma o Estado soberano, entidade abstrata cujas decisões são indiscutíveis. Todavia, Hobbes leciona que o Estado apenas deve intervir no espaço público no qual é soberano, sendo garantido um espaço privado em que os indivíduos fazem as suas próprias escolhas e exercem suas liberdades privadas. O Estado ditará os limites e o alcance da liberdade, mas onde o Estado não intervir tal liberdade torna-se plena para regular sua vida privada⁷¹.

O Estado hobbesiano é considerado, na visão de Bobbio, “um Estado mínimo, embora não seja um Estado de Direito”⁷², ou seja, é absoluto, mas liberal na Economia.

Em pensamento oposto, o teórico anti-absolutista, John Locke contribuiu para o desenvolvimento do liberalismo político, sob uma ótica contratualista. Locke resguarda o indivíduo da soberania estatal e diz que existem direitos inexoráveis ao homem que são precedentes à formação do Estado, além de serem superiores a ele⁷³. Tais direitos seriam as liberdades fundamentais (liberdade de expressão, liberdade de associação, liberdade de ir e vir etc.), o direito à vida e os direitos da personalidade, assim como o direito à propriedade privada⁷⁴. Esses direitos, para ele, deveriam ser garantidos e protegidos pelo Estado.

Estes são os fundamentos da criação da sociedade civil por meio do contrato social. Na visão de Locke, a liberdade como um direito individual é o que fundamenta a ordem social. A liberdade individual não é proveniente da razão

⁷⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatan ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

⁷¹ Idem.

⁷² BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005, p. 17.

⁷³ LOCKE, John. **Ensaio Sobre A Verdadeira Origem Extensão e Fim do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 1999.

⁷⁴ MALUF Sahid. **Teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 69.

humana, por meio de leis que a fundamente, mas da lei natural e, assim sendo, nenhuma autoridade superior na Terra poderá restringí-la.

Todavia, ao se estabelecer uma sociedade civilmente organizada, por meio de um contrato social, os indivíduos nela presentes irão estabelecer os direitos que serão guardados para si e os que serão delegados ao poder do governante. Os direitos que lhes são naturais são fundamentais ao homem e não podem ser restringidos pela sociedade, nem pelo Estado. São intangíveis e inexoráveis à existência humana, por isso são tutelados pela ordem estatal. Locke trouxe a ideia de laicização do Estado e criou o embrião da teoria da separação dos poderes, que viria a ser desenvolvida posteriormente por Montesquieu, trazendo a ideia de duas esferas: a executiva e a legislativa, contrapondo-se ao poderio absoluto do monarca.

Em sua obra, “O espírito das leis”⁷⁵, Montesquieu defende que o Estado deve garantir, de qualquer forma, as liberdades dos indivíduos. A ideal liberdade de um povo encontra-se no agir de forma livre, por cada indivíduo, sem que esse tema opressão alguma por parte do poder do Estado, pois este é que é limitado. Na sua visão, o melhor tipo de governo é aquele que é moderado, que tem um poder limitado, seja ele uma república (democracia ou aristocracia) ou uma monarquia. Assim, Montesquieu critica veementemente o despotismo. Para ele, a separação de poderes de um Estado é o ideário de liberdade de uma sociedade; o poder é inevitável, mas deve haver um controle para ser legítimo e que garanta, dessa forma, a liberdade.

No século XVIII, Jean-Jacques Rousseau, teórico político, propõe uma revolução liberal. Opõe-se, de certa forma, aos teóricos do direito natural, discordando da ideia de homem primitivo naturalista.

Entende Rousseau⁷⁶ que, para sair definitivamente do estado de natureza, em que há a guerra de todos contra todos e a predominância do forte sobre o mais fraco, o indivíduo tem que consentir em pactuar com os demais e alicerçar uma organização política que lhe garanta a segurança, defenda os oprimidos e contenha os excessos dos mais fortes. Encontra-se na lei, criada pelo homem, a forma como essa organização suprema será regida. Esse poder é derivado da criação humana, convencional e mutável. Portanto, mesmo sob a égide de um pacto social que seja

⁷⁵ CHÂTELE, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 60.

⁷⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discours sur l'origine de l'inégalité**, Œuvres complètes, vol. III, Paris: Gallimard, 1966

corrompido pela autoridade e não garantida a liberdade, poderão os homens firmar um contrato legítimo que promova a reconquista da liberdade.

O teórico encontra na lei uma forma de exprimir a vontade geral do povo. O contrato social é fruto da vontade geral que sustenta a organização política, desse modo, a liberdade torna-se a capacidade de fazer valer a vontade geral sobre a vontade particular⁷⁷. Rousseau vê, na noção de soberania popular, o exercício da vontade geral na escolha o representante do povo. A este não é transmitido poder, apenas a vontade de quem os elegeu.

Percebe-se claramente que este autor traz a ideia de democracia direta, pois fundamenta a política na vontade dos cidadãos, tendo contribuído com suas ideias para a Declaração de Direito do Homem e do Cidadão de 1789.

É inconcebível pensar o liberalismo político apartado do liberalismo econômico, um está imbricado ao outro, sob pena de perderem o sentido. Nesse caso, a Economia vem com um pressuposto da situação política de determinado local, em certa época, pois o cotidiano do homem não é marcado por embates políticos determinantes, mas, sim, pelo exercício diário da busca pelo atendimento das suas necessidades, administrando recursos escassos.

Adam Smith foi o mentor da Teoria clássica da Economia e, em sua obra, “A Riqueza das nações”, preleciona que a riqueza de uma nação não advém do acúmulo desenfreado de metais preciosos pelo Estado, mas, sim, da Livre Iniciativa dos empreendedores, leia-se, burgueses, que tinham como anteparo a liberdade econômica e a detenção da propriedade privada dos meios de produção. Os indivíduos tinham o escopo econômico de atuar no mercado, individualmente, guiados pelas leis naturais inexoráveis à economia, maximizando seus resultados em benefício próprio no ajustamento de uma concorrência perfeita⁷⁸.

Para Adam Smith⁷⁹, a lei de mercado era autossuficiente, ou seja, era autônoma e regulava-se sozinha, independentemente de um agente regulador, haja vista a economia ser pautada no interesse individual de cada um. Sendo assim, Smith traz que o mercado era regulado pela *mão invisível*⁸⁰. Pensava que, a partir desse

⁷⁷ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social: Ensaio sobre a origem das línguas**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

⁷⁸ SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.126.

ideário individual e liberal, estaria o homem agindo no interesse de todos. A economia era fundada em leis naturais inexoráveis à ela, sendo que se vedava, ao máximo, a intervenção Estatal, impondo-se limitações à atuação deste como forma de impedir o seu agigantamento, bem como de impedir sua intervenção na esfera privada dos indivíduos, no que diz respeito à ação, escolha e iniciativa destes.

Através da Revolução Industrial, a teoria de Smith encontra um campo fértil para sua atuação. Analisando a teoria do valor-trabalho smithiana, permite-se compreender o lucro, excedente de produção, auferido pelos empreendedores. Essa teoria fundamenta-se em um sistema de trocas e na divisão da sociedade em classes sociais que participam da produção. A teoria do valor-trabalho, elaborada por Smith, vem justificar o lucro como elemento fundamental do capitalismo. Ele explica que o montante produzido ao final do processo laboral produtivo vai ser distribuído em valores, quais sejam: salário, renda e lucro.

Vale salientar que, dos estudos da Economia Política de Smith, deriva a ideia de *homo economicus*, que se funda basicamente na racionalidade econômica daquela época. Tais homens atuam livremente nas suas escolhas, guiados pela razão econômica, trazida pelo capitalismo. O entendimento sobre *homo economicus* traz a ideia de compreensão a respeito de um caráter normativo da natureza humana, para fundamentar o mercado livre e a propriedade privada. O *homo economicus* adota uma conduta pautada nas leis universais como forma de maximizar seus resultados egoisticamente.

Basear o capitalismo no individualismo e na racionalidade para alcançar seus objetivos e resultados, pressupõe o entendimento da teoria das trocas. Smith traz uma concepção, ainda embrionária, mas fundamental, para compreender a essência capitalista, na qual se afirma que o modo de contratação da atividade laborativa, entre as classes desiguais, não são baseadas na livre escolha pela contratação. As classes estão em posições desiguais: a classe trabalhadora encontra no trabalho uma forma de sobrevivência, não podendo dispor livremente da força de trabalho. Não há escolha. A força laborativa, inserida pelo trabalhador no meio de produção capitalista cria o excedente, que é o lucro do patrão.

O século XIX, século posterior às grandes transformações que ocorreram no cenário político, econômico e social Ocidental, teve, como fonte de pensamento, o utilitarista John Stuart Mill, pensador clássico que contribuiu para alertar para o perigo de uma sociedade civil auto-regulamentadora do liberalismo clássico, que só

viria a enfraquecer a economia de mercado. No cenário da auto-regulamentação da economia e desigualdade de classes sociais que permeava o século passado, Stuart Mill propõe um dimensão social, ou seja, para ele a liberdade não seria apenas sob o prisma individual e egoístico como propunha Adam Smith, pois seria a liberdade um bem social⁸¹.

Stuart Mill notou as deficiências do liberalismo clássico e da sociedade industrial, a insuficiência das leis naturais que auto-regulam o mercado, os riscos de crises econômicas que poderiam advir desse sistema, além da possível formação de consciência da classe operária e sua indubitável união, diante da miséria que a assolava. Stuart Mill vai além e percebe, também, que o governo regido apenas por uma classe, a burguesia, poderia levar à inexistência de liberdade dos que não detém o poder.

A democracia, na sua visão, não era o governo de todos, pois excluía uma parcela da sociedade. Estava mais para a tirania. Ele defende que as oportunidades para todos ascenderem na vida. Não quer dizer que, com isso, a riqueza seja distribuída equitativamente entre classes, como defende o comunismo. Aduz uma igualdade do ponto de partida entre os indivíduos de uma mesma sociedade, que todos tenham as mesmas oportunidades de ascenderem e criar novas elites. Somente assim, a liberdade pode ser garantida em uma sociedade.

Sua teoria foi o embrião do que se chamou de liberalismo social. Mill⁸² sustenta, no seu pensamento liberal, que as liberdades negativas devem ser garantidas, ou seja, o Estado não pode intervir na esfera privada do indivíduo, por isso deve haver limites expressos que legitimem essa intervenção. Paradoxalmente, deve ser garantida a liberdade individual que não encontre obstáculos estatais.

De modo geral, devem-se delimitar os traços que separam a esfera pública da esfera privada, privilegiando a proteção ampla desta última. Assim, constrói o princípio do dano, o qual aduz que a sociedade somente estaria legitimada a intervir na esfera privada do indivíduo, contrariando a sua vontade, quando essa atuação ocorra para prevenir danos a terceiros. Ao indivíduo não há óbice para exercer o seu direito de liberdade, mas desde que não prejudique terceiros, sob pena de ser

⁸¹ BENTHAM, Jeremy; MILL, Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação; Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1989, 255 p.

⁸² MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1963.

legítima a interferência da sociedade. Vê-se na teoria de Stuart Mill uma forte carga anti-paternalista.

Stuart Mill⁸³ defende, de maneira utilitarista, a intervenção mínima do Estado na vida particular das pessoas, ou seja, nos assuntos particulares que só dizem respeito aos indivíduos. Reconhece, entretanto, algumas exceções à não intervenção do Estado na vida dos particulares. Para ele, seria legítima a intervenção nos assuntos que somente dizem respeito aos indivíduos, se fosse para sua autoproteção.

Jaime Raposo Costa recorda que as ideias de economia política no século XIX se resumiam em um capitalismo que “defendia a liberdade como o direito de adquirir, disfrutar e dispor dos bens”⁸⁴. Em verdade, o conceito capitalista de liberdade restringia-se à defesa da propriedade.

A propriedade era entendida como inviolável, sendo sua defesa considerada um princípio sagrado, decorrente da ordem natural. Essa ideia de ordem natural foi fundamental para os filósofos e economistas do século XIX, sendo posta como dogma da burguesia, estudada por Adam Smith e Jean-Baptiste Say. O liberalismo defendia uma intervenção mínima do Estado e, dessa forma, os argumentos foram muitos contra os monopólios e pela liberdade de importar.

É certo que o direito de propriedade coloca em foco o indivíduo, caracterizando por ser patrimonialista e individualista. Esse direito constitui, em verdade, fundamento essencial do sistema econômico. Declara Jean-Jacques Israel, com base na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que “a propriedade é, portanto, afirmada como um direito natural e imprescritível do homem tal qual a liberdade”⁸⁵. O autor preleciona que o direito de propriedade deve ser reconhecido como uma liberdade fundamental, visto que estão numa mesma linha, ligado aquele à liberdade de empreender.

A Liberdade de Iniciativa econômica é, equivocadamente, igualada a Liberdade de Comércio e Indústria. A segunda expressão não mais encontra embasamento em nosso ordenamento jurídico. Enquanto a Teoria dos Atos de Comércio, concretizada pelo Código Comercial Francês de 1808, serviu de fundamento para a estruturação do Direito Comercial brasileiro, a expressão

⁸³ MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1963

⁸⁴ RAPOSO NETO, Jaime. **A teoria da liberdade**: período de 1820 a 1823. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1976, p. 32.

⁸⁵ ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. São Paulo: Manole, 2005, p. 598.

“Liberdade de Comércio e Indústria” foi amplamente utilizada. Contudo, o advento da Teoria da Empresa em 1942 na Itália e a sua incorporação ao Direito brasileiro impõem a utilização da expressão “Liberdade de Empresa” ou “Liberdade Empresarial”.

Importante pontuar a dissociação entre a noção de “Empresa” e a noção de “Empresário”. A Teoria da Empresa foi estruturada conceitualmente por Alberto Asquini⁸⁶, que a fixou a partir de quatro perfis: subjetivo, objetivo, abstrato e corporativo. O perfil subjetivo é refletido no sujeito da atividade empresarial: o Empresário. O objetivo centra-se no Estabelecimento Empresarial. O abstrato é a Empresa e o corporativo é a força de trabalho. Importante frisar, ao contrário do que estabelece parte da doutrina brasileira, que empresa não é sujeito ou objeto. Empresa é o vínculo jurídico, elemento imaterial ou funcional, que liga o Sujeito ao Objeto.

Esta análise do desenvolvimento histórico da Livre Iniciativa, desde o surgimento da ideia de liberdade, em sua gênese de proteção do indivíduo em face do Estado, até a conformação da liberdade de Empresa, demonstra a inquestionável vinculação existente entre este conceito e a evolução do sistema capitalista fundado no Liberalismo Econômico.

A este sistema contrapunha-se o Socialismo, que, ao invés da Livre Iniciativa, previa o monopólio dos meios de produção.

Conclui-se então, que a Livre Iniciativa, historicamente considerada, consiste na possibilidade conferida a todos os indivíduos de ingressar no Mercado sem que possa o Estado impor quaisquer restrições injustificadas para tanto, sem que seja possível encontrar qualquer referência a um significado de maior amplitude.

3.2 PILARES INDISSOCIÁVEIS DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA

A Liberdade de Iniciativa Econômica está consagrada no texto constitucional. Ela traz como pilares indissociáveis a Livre Iniciativa e a Liberdade de Concorrência. Entende-se por Livre Iniciativa o acesso à atividade empresarial. É a possibilidade que o particular possui de produzir um determinado produto, dentro de um determinado tempo, empregando seu conhecimento. Trata-se de um conceito que

⁸⁶ ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, in **Rivista Del Diritto Commerciale**, Milão, 1943, vol. 41, 1ª parte, nº 11 e 12, p. 16 a 18.

se liga à ideia de acessibilidade, por isso, pode também ser caracterizada como a não incidência de obstruções à iniciativa empresarial.

Nesse contexto, ressalta-se o papel do Estado como apenas direcionador e não regente da atividade econômica. A liberdade de iniciativa é faculdade de se explorar uma atividade empresarial, lícita, e de modo regular. É também não se sujeitar a intervenção excessiva do Estado. A Liberdade de Concorrência configura-se como a possibilidade de manutenção na atividade empresarial. Esta concepção está ligada ao combate de práticas que prosperam concorrência desleal, bem como na sistematização de normas que permitam ao empresário atuar no mercado com paridade de armas. A concepção da Liberdade de Concorrência induz à ideia de uma atuação estatal de modo a regular e fiscalizar as práticas empresariais, sem, no entanto, intervir diretamente no domínio econômico.

A Liberdade de Concorrência é a faculdade de conquistar a clientela, utilizando-se de meios idôneos. Pode ser entendida como a proibição de formas de atuação que afetam a concorrência. É também entendida como a neutralidade estatal em face da concorrência leal e uma intervenção desse ente quando houver se configurado hipótese de concorrência desleal.

3.2.1 Livre Iniciativa como pressuposto do Sistema Capitalista de Produção

A Livre Iniciativa traz em si a concepção do modelo capitalista. Embora o texto constitucional não expresse claramente a opção pelo sistema capitalista, ao alocar a Livre Iniciativa como um princípio da ordem econômica, favoreceu o setor privado, restringindo a atuação estatal a hipóteses específicas e em caráter de excepcionalidade.

Deve-se ter em mente que ao tempo da promulgação da Magna Carta, um forte embate ideológico foi travado, tendo como principais atores forças de centro-esquerda e de centro-direita. Ao final, a ordem econômica foi concebida sob um viés capitalista, embora não seja o capitalismo puro – em que se acreditava na ilusão que o mercado tudo regularia e resolveria todas as questões.

A Constituição adotou o sistema capitalista, mas de maneira ponderada, delimitando o papel do Estado no domínio econômico, bem como estabelecendo a meta primordial da ordem econômica, qual seja, existência digna e justiça social.

Sendo assim, o Poder Judiciário tem se orientado a proceder à defesa da Livre Iniciativa e da Liberdade de Concorrência. Tal atuação do Poder Judiciário pode ser observada pela análise dos seguintes casos concretos, em que se retira posicionamentos pertinentes ao estudo do objeto deste trabalho.

Sobre a possível afronta ao princípio da Livre Iniciativa constante do *caput* do art. 170 da CF, que, juntamente com o princípio da Liberdade de Concorrência, constituem as espécies do qual é gênero o princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica, mister destacar os fundamentos expendidos pela Suprema Corte, no bojo da Adin nº 2.649-6/DF.

A Associação Brasileira de Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI, autora da referida medida, requereu a inconstitucionalidade da Lei 8.966 de 1994, que concede passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência, sob o fundamento de que o benefício conferido aos portadores de deficiência caracterizaria uma “ação de assistência social”, consoante dispõe o art. 203 da CF, o que reclamaria a indicação da correspondente fonte de custeio, conforme ordena o § 5º do art. 195 da CF.

Aduziu, ainda, que, ao não indicar a fonte de recurso em função da qual tal despesa ocorreria, o Poder Público deixa-a a cargo das empresas de transporte, o que constitui, a seu julgo, verdadeira “investida confiscatória” no domínio privado, fulminando de morte os princípios da ordem econômica, notadamente o da livre iniciativa, fundamento da República, consoante os termos do inciso IV do art. 1º da CF.

Salientou que o Poder Público, ao elabora a Lei, teria empreendido intervenção inconstitucional no domínio privado das empresas de transportes, pois teria restringido a utilização da plena capacidade de sua frota, sem, contudo, promover qualquer contraprestação que descaracterizasse o caráter confiscatório da medida imposta.

No mais, assinala ainda que ao privar as empresas de transporte do aproveitamento parcial do seu patrimônio, o poder público teria violado o princípio da Livre Iniciativa e ao direito de propriedade, estando, assim, inquinada de inconstitucionalidade.

Por fim, destaca que a lei atacada violaria o princípio da igualdade, sobrecarregando apenas a categoria econômica das empresas de transporte com o

ônus de custear um benefício assistencial que, pela sua natureza, “exige a participação de toda a coletividade”.

Após longo arrazoado, a Suprema Corte concluiu pela improcedência da ação. O STF entendeu que a ordem econômica, conforme o *caput* do art. 170 da CF, funda-se na valorização do trabalho humano e na Livre Iniciativa, cuja finalidade é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social...”, para o que são enumerados os princípios expressos nos oitos incisos em que se desenvolve o referido artigo.

Desse modo, o Estado tem o dever constitucional indeclinável de conformar as estruturas políticas e administrativas por ele criadas e desenvolvidas para o atingimento dos fins estabelecidos e das ordens que nele atuam.

Embora existisse o argumento da autora afirmando que a Lei nº 8.899/94 é inconstitucional por violar o princípio da Livre Iniciativa, previsto no art. 170 da CF, o STF entende que a Livre Iniciativa, prevista na cabeça do art. 170 da CF, corresponde a liberdade de comércio e indústria, a liberdade empresarial e a liberdade contratual constitucionalmente asseguradas.

Desse modo, não se pode negar que as empresas têm liberdade constitucionalmente garantida para constituírem-se e desempenharem as atividades objeto de exploração do seu comércio. Contudo, o exercício da atividade há de coadunar-se à demanda social, bem como deve atender às exigências constitucionais e legais.

Portanto, a Livre Iniciativa garantida constitucionalmente não significa irrestrita liberdade de uma empresa desempenhar atividades concedidas ou permitidas sem submissão às normas legais próprias do regime público, cujo fim precípua é o atendimento do interesse coletivo, nos termos da própria Constituição.

A Livre Iniciativa presta-se, em sua extensão mais plena, a garantia da liberdade empresarial. Enfatizou a Suprema Corte, que no caso específico, para os concessionários e permissionários de serviço público o regime não é o da Livre Iniciativa, mas de livre iniciativa de liberdade regulada nos termos da lei, segundo as necessidades da sociedade.

Ademais, ponderou-se que o que se encontra veiculado na lei inquinada não é senão o cuidado com uma espécie diferenciada de usuários do serviço concedido ou permitido de transporte coletivo, qual seja, os portadores de necessidades especiais.

Desse modo, evidenciou-se que a ofensa ao princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica só ocorre com a inviabilização do exercício da atividade empresarial. Observa-se que o empresário busca e se preocupa com o lucro. No caso em análise, a imposição da reserva de vagas para as pessoas com deficiência física não traria a inviabilização da atividade empresarial. Reforçou-se também que a atuação do Estado dentro da órbita econômica, objetiva um fim maior, qual seja, a existência digna conforme os ditames da justiça social.

Também acerca da possível afronta ao princípio da Livre Iniciativa constante do *caput* do art. 170 da CF, interessante os fundamentos destacados pelo STF, no bojo do RE nº 422941.

A Autora, Destilaria Alto Alegre S/A, manejou ação indenizatória contra União sob o argumento de que a indústria sucroalcooleira sofria rígida intervenção do governo federal em todas as etapas de produção, inclusive com a fixação do preço de venda do produto conforme critérios definidos em lei – tarefa que incluía a aferição periódica do custo da produção. Alega que o preço determinado pelo poder público era bem inferior ao custo de produção, o que acarretou prejuízos financeiros à indústria.

Por fim, proclama que a intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, deve ser levada a efeitos com observância aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica, constantes no art. 170 da CF, notadamente o Princípio da Livre Iniciativa, fundamento da República e da Ordem Econômica (arts. 1º, IV, e 170, *caput*, CF).

A Corte Suprema, conhecendo do Recurso Extraordinário manejado pela autora deu provimento a irresignação. Desse julgado, extrai-se posicionamentos pertinentes ao presente trabalho.

O STF entendeu que o tabelamento de preços de venda para o setor sucroalcooleiro, estabelecido pelo governo federal com o objetivo de diminuir as diferenças regionais e controlar o mercado, não reserva ao particular nenhuma outra opção senão a de se adequar às normas impostas e comercializar seus produtos com os preços determinados pelo Estado.

Entretanto, o controle de preços é forma de intervenção do Estado na economia e somente pode ser considerado lícito se praticado em caráter excepcional, uma vez que a atuação do Estado está limitada pelos princípios da

liberdade de iniciativa e de concorrência (art. 170, *caput* e IV, da CF/88 e art. 157, I e V, da CF de 1967/69).

Desse modo, não pode o Estado fulminar a Liberdade de Concorrência e de iniciativa dos particulares sem que haja razoabilidade nessa medida, vale dizer, sem que ela decorra de uma situação de anormalidade econômica tal que seja imprescindível impor restrição tão radical e, por fim, desde que os preços fixados não sejam inferiores aos custos de produção.

Nesse sentido, Luis Roberto Barroso⁸⁷ preceitua que:

“[...] impor ao empresário a venda com prejuízo configura confisco, constitui privação de propriedade sem devido processo legal (Art. 5º, LIV). E mais: é da essência do sistema capitalista a obtenção do lucro. O preço de um bem deve cobrir o seu custo de produção, as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro”.

Conclui-se, portanto, que, quando o governo federal interveio na economia sucroalcooleira para regular a concorrência e fixar os preços finais de venda dos produtos, o fez de maneira desarrazoada, porque impôs aos produtores preços menores que aqueles necessários ao custeio da produção.

Assim, evidenciou-se que o Judiciário deve impedir a intervenção excessiva do Estado no domínio econômico. Logo, a Liberdade de Iniciativa Econômica é oponível ao próprio Estado. É oponível ao Estado em face da intervenção excessiva dele na ordem econômica, seja de maneira direta, seja de maneira indireta.

Assim, atuando o Estado de maneira indireta – planejando, regulando, incentivando – o mesmo não pode atuar de maneira arbitrária. O planejamento deve orientar a regulação e o incentivo. Por sua vez, regulação sem planejamento pode gerar arbitrariedade e incentivo sem planejamento pode gerar distorções econômicas.

3.2.2 Livre Concorrência como preservação da Atividade Econômica Organizada

Quanto a eventual violação ao princípio da Liberdade de Concorrência, vale passar em revista uma decisão proferida pela Suprema Corte, no bojo da Ação

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. **A crise econômica e o direito constitucional**. In: Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal, n. 12. out./dez. 1993.

Cauelar nº 1.657-6/RJ, aforada com o escopo de obter a concessão de efeito suspensivo para o recurso extraordinário admitido pelo Tribunal de Origem.

A Autora, American Virginia Indústria e Comércio Importação Ltda, fez uso de medida cautelar preparatória para assegurar seu direito ao livre-exercício de atividade econômica lícita, qual seja, a fabricação de cigarros. Assevera que a CF/88 não permite que o Estado adote medidas que impliquem a vedação do exercício profissional como instrumentos para coagir o sujeito passivo à observância das obrigações tributárias.

Desse modo, entende que o art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/77, que estabelece que o não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, autoriza o cancelamento do registro especial, corresponde a uma sanção política que não foi recepcionada pela Constituição, o que ofende o quanto disposto nos arts. 5º, XIII e LIV, e 170 da CF, notadamente o princípio da Livre Iniciativa.

A medida cautelar foi concedida. Ajuizada a ação principal, sobreveio a sentença favorável a requerente. Irresignada com a decisão, a União interpôs apelação perante o TRF da 2ª Região, no que logrou êxito.

A requerente ajuizou cautelar perante o STF, com o intuito de que fosse atribuído o efeito suspensivo a sua irrisignação. O voto vencedor, traçou argumentos pertinentes ao estudo da matéria. Em voto-*visa*, o Ministro Cezar Pesulo optou por julgar improcedente a ação cautelar.

Concluiu-se que não há impedimento a que norma tributária, posta regularmente, hospede funções voltadas para o campo da defesa da liberdade de competição no mercado, sobretudo após previsão textual do art. 164-A da Constituição da República.

Cumpra sublinhar não apenas a legitimidade destoutro propósito normativo, como seu prestígio constitucional. A defesa da Liberdade de Concorrência é imperativo de ordem constitucional (Art. 170, inc. IV) que deve harmonizar-se com o princípio da Livre Iniciativa (Art. 170, caput). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços.⁸⁸

⁸⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 128.

O que ocorre é que o Princípio da Livre Iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade anárquica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada⁸⁹.

Não se trata aqui de reduzir a defesa da Liberdade de Concorrência à defesa do concorrente, retrocedendo aos tempos da “concepção privatística da concorrência”, mas apenas reconhecer que o fundamento para a coibição de práticas anticoncorrenciais reside na proteção a ambos os objetos da tutela: a lealdade e a existência de concorrência.

É preciso garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas as regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos. Dois são os objetivos dessas regras mínimas. Primeiro, garantir que o sucesso relativo das empresas no mercado dependa exclusivamente de sua eficiência e não de sua ‘esperteza negocial’ - isto é, de sua capacidade de desviar consumidores de seus concorrente sem que isso decorra de comparações baseadas exclusivamente em dados do mercado⁹⁰.

Portanto, o STF não acolheu a alegação de que a administração estaria, neste caso, a encerrar ou impedir “as atividades empresariais de uma sociedade ... que exerce atividade lícita.” A atuação fazendária não implicou, pelo menos à primeira vista, violação de nenhum direito subjetivo da autora, senão que, antes, a impediu de continuar a desfrutar posição de mercado conquistada à força de vantagem competitiva ilícita ou abusiva.

No caso específico da indústria de cigarros, a Corte Suprema entendeu ser compatível com o ordenamento limitar a liberdade de Livre Iniciativa a bem de outras finalidades jurídicas tão ou mais relevantes, como a defesa da Liberdade de Concorrência e o exercício da vigilância estatal sobre o setor particularmente crítico para a saúde pública.

Assim, a Suprema Corte evidenciou que o Estado deve atuar de modo a garantir a Liberdade de Concorrência, impedindo o abuso do Poder econômico.

⁸⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 93-94.

⁹⁰ Idem, p. 52-54.

Ademais, a Liberdade de Concorrência visa também preservar a atividade econômica organizada. Com a globalização, em que os mercados tornaram-se mais próximos e em que se intensificaram as trocas comerciais, o perigo à livre concorrência pode também vir de agentes externos.

Como exemplo que vale ser estudado, há o caso dos cobertores chineses. Como se sabe, a China é uma grande exportadora de produtos a preços reduzidos. Entre as exportações chinesas destacam-se as do setor têxtil, que vem destruindo a indústria nacional.

Comprovou-se que a China estava atuando com a prática de dumping, ou seja, estava vendendo cobertor no Brasil com o preço abaixo do realizado em seu território. Após aplicada a sanção correta, o governo brasileiro depreendeu novo processo investigatório a respeito das importações chinesas, que ao final concluiu que os chineses estavam exercendo a prática da triangulação.

É tecnicamente classificado como triangulação a prática desleal de comércio. As empresas exportadoras se utilizam desse mecanismo para fugir da sobretaxa aplicada a um produto que entra no país com preço abaixo do cobrado no mercado de origem (dumping). Nesse caso, a China estava enviando cobertores prontos para o Uruguai e o Paraguai, onde houve apenas a colocação de uma etiqueta indicativa, e após, estas peças foram enviadas para o Brasil.

O governo brasileiro aplicou a sanção comercial cabível. Tal medida evidencia que o Estado deve impudir o abuso do poder econômico realizado no comércio exterior, que se intensificou devido ao processo de globalização da Economia. Assim, a medida estatal deve incidir de modo que se garanta uma livre concorrência, coibindo práticas comerciais abusivas.

Verifica-se, portanto, que a proteção à Liberdade de Iniciativa Econômica deve ser promovida a partir de diferentes esferas de atuação: administrativa, judicial, interna e externa.

A proteção administrativa consistirá em atos do Poder Executivo destinados a preservar este princípio, como exemplificado na medida adotada contra o dumping praticado com os produtos chineses, e nas atuações do CADE.

A proteção judicial, por sua vez, é a preservação deste princípio através da atuação ativa do Poder Judiciário nos processos que envolvam a discussão de tal tema, como na Ação Cautelar nº 1.657-6/RJ, citada anteriormente.

A diferenciação entre a esfera de proteção interna e externa se baseará na abrangência territorial da situação fática analisada, caso diga respeito apenas ao Mercado nacional será interna, caso trate acerca da globalização e do comércio exterior, será externa.

3.3 CONTEÚDO E LIMITES DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA

A menção à Livre Iniciativa no texto constitucional de 1988, tanto como fundamento da República quanto como princípio da Ordem Econômica, dimensiona a importância desse princípio no ordenamento jurídico pátrio, demonstrando claramente que o Brasil consagrou a Economia de Mercado, de natureza capitalista, afinal, a iniciativa privada é um princípio básico do Capitalismo.

Assim, deve-se observar que o enunciado do art. 1º, IV da Constituição Federal, destaca os valores sociais do trabalho e da Livre Iniciativa. Desse modo, não se pode destacar um do outro. Observa-se, portanto, que a Constituição não adota uma concepção individualista, mas, sim, que a Livre Iniciativa é tomada no quanto expressa de socialmente valioso.

É dentro dessa linha de pensamento que também se posiciona Eros Roberto Grau⁹¹, defendendo que a Livre Iniciativa não está restrita à liberdade econômica ou de iniciativa econômica. Segundo o mesmo, a Livre Iniciativa expressa a idéia de liberdade, que o mesmo define como acessibilidade e sensibilidade a alternativas de condutas e de resultado.

Pois não se pode entender como livre aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí, a sensibilidade; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a acessibilidade.

Neste conceito de Livre Iniciativa, defendido pelos constitucionalistas, estariam, portanto, incluídos diversos outros Direitos como a liberdade de associação, a liberdade de contratar, a liberdade de profissão, dentre outros.

Contudo, nesse trabalho pontua-se por uma posição mais restrita do conceito de Livre Iniciativa presente na Constituição Federal. Em que pese as considerações dos supracitados autores em defenderem a livre iniciativa como um conceito amplo,

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.181.

observa-se, em verdade, que ao falar sobre Livre Iniciativa, a Constituição fala sobre a Livre Iniciativa Empresarial.

Pontua Manoel Jorge e Silva Neto⁹² que

A Constituição de 1988, por exemplo, optou claramente pela economia de mercado ao garantir, em primeiro lugar, o direito de propriedade (art. 5, XXII) e, em segundo plano, mas não menos importante, a liberdade de iniciativa econômica ou, simplesmente a livre iniciativa (art. 1, IV; art. 170, *caput* e art. 173, *caput*). O estudo da Teoria do Direito da Empresa, de conseqüente, tem grande valia em face da dimensão atribuída à empresa em sistemas economicos calcados na livre iniciativa, como o nosso.

Conforma tal pensamento, primeiramente, o art. 1º, IV, ao estabelecer os valores sociais do trabalho e da Livre Iniciativa. Observa-se que o constituinte coloca lado a lado os valores sociais do trabalho e da Livre Iniciativa. Assim sendo, a Livre Iniciativa a que se refere nesse inciso do texto constitucional, refere-se à Livre Iniciativa Empresarial, afinal, há uma associação entre trabalho e atividade empresarial.

Paulo Sandroni⁹³ traz uma definição de Livre Iniciativa dentro do contexto defendido nesse trabalho. Para esse autor, a Livre Iniciativa é

Princípio do liberalismo econômico que defende a total liberdade do indivíduo para escolher e orientar sua ação econômica, independentemente da ação de grupos sociais ou do Estado. A liberdade para as iniciativas econômicas, nesse sentido, implica a total garantia da propriedade privada, o direito de o empresário investir seu capital no ramo que considerar mais favorável e fabricar e distribuir os bens produzidos em sua empresa da forma que achar mais conveniente à realização dos lucros.

A definição deste autor coaduna-se com o quanto exposto acerca do conceito histórico da Livre Iniciativa, já exposto neste estudo, e servirá de fundamento para a redefinição da Livre Iniciativa e da Liberdade de Iniciativa Econômica realizada nesta pesquisa.

Ademais, no art. 170 da Carta Magna, que aborda a Livre Iniciativa, a incluiu no título referente à Ordem Econômica e Financeira, no capítulo referente aos princípios gerais da atividade econômica. Desse modo, o sentido de Livre Iniciativa presente no texto constitucional denota o sentido de Livre Iniciativa Empresarial, visto sua localização estar presente do contexto referente à ordem econômica. Não

⁹² SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 44.

⁹³ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 352.

usaria o constituinte originário de duas significações para uma mesma palavra, ou de um sentido mais amplo, visto que, o sentido amplo atribuído a Livre Iniciativa, como uma liberdade, está abordada em outro momento, dentro do próprio contexto constitucional, com o sentido correto de liberdade.

A ideia de liberdade de iniciativa está bem interligada com a ideia de liberdade de contratar. Assim, a liberdade de contratar envolve: a faculdade de ser parte em um contrato; a faculdade de se escolher com quem realizar o contrato; a faculdade de escolher o tipo de negócio realizar; a faculdade de fixar o conteúdo do contrato segundo as convicções das parte; e, por fim, o poder de acionar o Judiciário para fazere valer as disposições contratuais.⁹⁴

Assim sendo, a Livre Iniciativa impõe ao Estado um dever de legalidade ao intervir no âmbito econômico, pois o mesmo só pode atuar dentro das hipóteses legais, dentro dos limites constitucionais. No entanto, a liberdade na livre iniciativa não é absoluta. A regra é a liberdade, mas restrições podem acontecer, desde que baseadas no texto constitucional ou no texto da lei. Um Estado em que não exista nenhuma intervenção é uma idealização. Nesse sentido, Paulo Sandroni⁹⁵ nos informa que

Os limites da livre-iniciativa, de acordo com a economia clássica, estariam determinados no próprio sistema de concorrência entre empresários particulares, cabendo ao Estado apenas garantir a manutenção dos mecanismos naturais da economia de mercado. Nas condições atuais do desenvolvimento capitalista, a necessidade de defender o sistema dos efeitos das crises cíclicas levou o Estado a impor limites à livre-iniciativa, seja atuando diretamente no processo produtivo, seja agindo como elemento orientador de investimentos e controlador de desajustes sociais.

Desde o início da ideia da Livre Iniciativa, tem-se que a mesma é garantia da legalidade: “liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei.”⁹⁶

Isabel Vaz⁹⁷, informa que a Liberdade de Concorrência

Pressupõe uma ação desenvolvida por um grande número de competidores atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procuram provenham de compradores

⁹⁴ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p.249.

⁹⁵ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 2 ed. São Paulo: Best Seller,1999, p. 352.

⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.185.

⁹⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 27.

ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens ou serviços.

É preciso ter em mente que para que a livre concorrência se materialize, faz-se necessário a presença de alguns fatores. Primeiramente deve haver uma identidade de objeto, entendido aqui em um sentido mais amplo, não se restringindo aos objetos idênticos, mas sim aos que possuem mesma utilidade. O segundo fator é a identidade de tempo, afinal, a concorrência é uma disputa de preferência e esta não pode existir entre lapsos temporais diferentes. Por fim, para se configurar a concorrência, deve haver a identidade de mercado, que devido às inovações tecnológicas suplantou a ideia de limite territorial, afinal, com a globalização, ampliou-se de maneira exponencial as possibilidades de se vender um determinado produto.⁹⁸

Francisco Rezek⁹⁹ informa que a Liberdade de Concorrência

garante às empresas o direito de competir sem intervenção estatal – exceto por justa causa – e permite que qualquer pessoa ingresse na atividade econômica, desde que atendidas as condições de lei. Também assegura que nenhuma empresa domine o mercado e impeça a entrada de novos provedores, mediante abuso do poder econômico.

A Livre Concorrência, embora não se confunda com a Livre Iniciativa, está indissociavelmente interligada a esta. Livre concorrência traz como significação o combate ao monopólio e às distorções de Mercado, bem como ao fomento da disputa entre os competidores, buscando-se ao final que todos atuem em situação de igualdade na busca da venda do seu produto.

Carlo Barbieri Filho¹⁰⁰ preceitua que “concorrência é disputar, em condições de igualdade, cada espaço com objetivos lícitos e compatíveis com as aspirações nacionais”. Celso Ribeiro Bastos¹⁰¹ conceitua Liberdade de Concorrência como a “situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência dos seus rivais”.

⁹⁸ VAZ, Isabel. A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. In: **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**: Homenagem ao professor Ney Prado. Coord. Ives Gandra da Silva Martins Filho e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 2011, p. 66.

⁹⁹ REZEK, Francisco. A ética da Ordem Econômica na Constituição do Brasil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. São Paulo: LTr, 2011, p. 37.

¹⁰⁰ BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina jurídica da concorrência: abuso do poder econômico**. São Paulo: Resenha Tributária, 1984. p. 119.

¹⁰¹ BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 455.

Ao se instituir a Liberdade de Concorrência como princípio da ordem econômica, objetiva-se primeiramente a proteção ao consumidor – inegavelmente o elo mais fraco no mercado – e se garantir um legítimo e eficiente sistema econômico de Mercado. Pois, como leciona Eros Roberto Grau¹⁰²

Deveras, não há oposição entre o princípio da livre concorrência e aquele que se oculta sob a norma do § 4º do art. 173 do texto constitucional, princípio latente, que se expressa como princípio da repressão aos abusos do poder econômico e, em verdade – porque dele é fragmento – compõe-se no primeiro. Frustra-se, assim, a suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conform, é determinada por manifestações que se imaginava fossem patológicas, convertidas porém, na dinâmica da sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural.

É o próprio Eros Roberto Grau que aduz ao valor social da Livre Iniciativa, pois a partir do momento que a Livre Iniciativa é alocada como fundamento da República, ela expressa o que é socialmente valioso.

Assim, a Liberdade de Concorrência atua de modo a impedir que o poder produtivo se concentre em apenas uma ou em poucas mãos, bem como força o setor produtivo a sempre buscar inovações em seus produtos, em seu processo produtivo, de modo a garantir um melhor produto, a um custo mais baixo.

Fábio Ulhoa Coelho¹⁰³ preceitua que

no sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e a de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica. O direito, no contexto, deve coibir as infrações contra a ordem econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito de concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas à constituição econômica, como também sobre os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riqueza e aumento dos tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

Assim, a Liberdade de Concorrência não é garantida apenas pela não intervenção do Estado no Mercado. Ao contrário, a Liberdade de Concorrência possui uma feição positiva, que denota na atuação estatal de modo a eliminar as disfunções e imperfeições, objetivando acabar com as barreiras e práticas que não permitam a consecução desse princípio. No entanto, nem sempre a intervenção do

¹⁰² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.189.

¹⁰³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro**: comentários à lei 8.884/94. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 5.

Estado, de modo a garantir a livre concorrência, ocorre de maneira equilibrada. Assim, tem-se o perigo da excessiva regulamentação, correndo-se o risco da eliminação dessa liberdade.

A livre concorrência plena é difícil de ser alcançada. Nesta linha, a lei 8.137/90, que tipificou penalmente os crimes contra a ordem econômica e a Lei 8.884/94, a denominada lei antitruste, são instrumentos de atuação do Estado visando a se manter a livre concorrência.

O CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na esfera do Ministério da Justiça, a SDE – Secretaria de Desenvolvimento Econômico – e a SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico, na esfera do Ministério da Fazenda – constituem mecanismos estatais que fomentam a livre concorrência.

Tais mecanismos possuem uma tríplice função, qual seja, educativa, atuando junto à sociedade, informando-a sobre as situações em que se deve combater atos contra a livre concorrência; preventiva, que se configura no poder de analisar atos que tendem a concentrar mercado e, por fim, há a função repressiva, que atua contra os agentes econômicos que através de suas práticas lesam a livre concorrência e a Livre Iniciativa.¹⁰⁴

Portanto, ao se estabelecer medidas jurídicas que objetivam a defesa da livre concorrência, configura-se uma forma de intervenção estatal na atividade econômica, nos moldes do preceito constitucional do art. 174. Em outra senda, a opção constitucional pela Livre Iniciativa e pela livre concorrência

Nessa linha, André Ramos Tavares¹⁰⁵ denota que

A Constituição visa a tutelar uma situação de harmonia entre os agentes econômicos. Considera-se que, para bem funcionar, o mercado deve contar com um número expressivo de agentes econômicos, em situação de relativa igualdade. Caso um dos agentes detenha poder desproporcional, infinitamente superior aos demais, o mercado encontra-se numa situação que pode propiciar (é tendente) concentração de poder econômico, de modo a gerar efeitos diversos dos normalmente atingidos sob uma situação de relativo equilíbrio entre os concorrentes do mercado. Na realidade, o abuso decorrente da posição de vantagem adquirida por determinado agente econômico é atentatório ao princípio da livre iniciativa e livre concorrência, ocasionando, pois, a possibilidade de excepcionar

¹⁰⁴ VAZ, Isabel. A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. In: **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites** : Homenagem ao professor Ney Prado. Coord. Ives Gandra da Silva Martins Filho e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 2011, p. 67.

¹⁰⁵ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p.265.

essa ampla liberdade pela intervenção imediata do Poder Público, na busca pela restauração daquele ideal principiológico.

Logo, o Estado possui um limite de atuação, qual seja, o equilíbrio, de modo a garantir que a sua intervenção para se assegurar a Livre Iniciativa não atue de modo a impedir a implementação desse princípio constitucional.

Nesse sentido, é pertinente a análise do caso do Município de Joinville, que através de lei municipal instituiu que a instalação de uma farmácia deveria respeitar o espaçamento mínimo de 500 metros de outro estabelecimento comercial da mesma espécie.

Em sede de recurso ordinário, interposto pelo Município de Joenville-SC contra decisão proferida pelo TJSC, confirmatória de sentença que, afastando a proibição contida em lei local proferiu-se argumentação útil ai estydi desenvolvido nesse trabalho.

O referido Município afirmou ter a decisão objurgada afrontado o art. 30, inciso I, da CF/88, na medida em que, a seu julgo, habilita os Municípios a ordenarem física e socialmente a ocupação do solo, estabelecendo as utilizações convenientes às diversas partes da cidade e a definir as zonas residenciais, comerciais, industriais, de recreio, etc.a

Contudo, a competência para o zoneamento assim posta, capaz de levar à interdição do exercício de certas atividades na zona urbana, não pode chegar ao ponto de impedir a duplicidade, ou até, a multiplicidade de estabelecimento do mesmo ramo, numa mesma área, o que redundaria em reserva de Mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (art. 170 e parágrafo único da CF).

Assim, demonstrou-se que o Estado não pode exercer papel arbitrário ao interferir no domínio econômico. Sendo assim, o particular pode se opôr a tal arbitrariedade, utilizando-se do Poder Judiciário.

Estabelecidas a Livre Iniciativa - em seu conceito mais restrito - e a Liberdade de Concorrência como os pressupostos para a existência de um Mercado livre e justo, verifica-se que, em verdade, estas constituem-se espécies de um gênero maior, denominado Liberdade de Iniciativa Econômica, responsável não somente

por garantir um livre acesso ao Mercado mas também por zelar pelas condições de competições justas no seu âmago.

Nestes termos, é incorreto afirmar que a Liberdade de Iniciativa Econômica consiste em uma espécie da Livre Iniciativa, vez que, como afirmado supra, deve-se restringir o conceito desta, configurando-a, em verdade, como uma espécie da primeira.

É sob a égide da Liberdade de Iniciativa Econômica que a Livre Iniciativa e a de Competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica, direcionadas a concretização da Ordem Econômica constitucional.

3.4 A LIBERDADE DE INICIATIVA ECONÔMICA E SUA APLICAÇÃO NAS DIVERSAS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

A ideia de Constituição em seus primórdios não continha o bojo da discussão econômica, ficando adstrita ao campo político. Em verdade, nesse contexto histórico inicial, o que se observa é que não há a percepção que o poder econômico poderia interferir fortemente na sociedade – produzindo inclusive consequências nefastas – ficando, portanto, as constituições adstritas a uma abordagem política. A concepção de economia está sintetizada nas ideias de Adam Smith, em especial, na regra de ouro do *laissez-faire, laissez-passer*.

Contudo, com as rápidas mudanças que o mundo passou, a abordagem econômica também passou a integrar o texto constitucional, sendo a Constituição de Weimar, de 1919, a inaugurar essa nova ordem. Tal constituição influenciou fortemente outros textos da Europa, sendo que seu modelo, inclusive, não se exauriu, tendo elementos importante nos textos constitucionais pós segunda guerra mundial.

Assim, a delimitação do papel do Estado intervindo no domínio econômico passa pelo estudo de alguns modelos. Tem-se, portanto, a contraposição entre o modelo econômico capitalista – Economia de Mercado – e o modelo de economia centralizada.

O modelo capitalista, ou descentralizado, caracteriza-se por ser uma Economia de Mercado, em que há redes de trocas se interrelacionando. Trata-se de uma economia empresarial, em que o empresário busca o lucro, tendo suas transações realizadas em moeda. E, por fim, é uma economia em que o Estado

exerce somente uma intervenção indireta e global. Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁶

respeita a liberdade de decisão dos que demandam e dos que ofertam e a liberdade de formação dos preços. Certamente, o Estado pode influenciar estas liberdades por uma política financeira, monetária ou social, mas liberdade de disposição dos agentes econômicos, em última análise, não é eliminada. A economia é somente orientada. Esta intervenção estatal é global, ou seja, não desce a pormenores do mecanismo econômico.

O modelo centralizado, por sua vez, caracteriza-se pela forte presença do Estado como ator econômico. Ele é o centro das decisões e comanda todo o processo. A intervenção do Estado é direta e pormenorizada, tendo as suas prescrições caráter imperativo. O Estado atua de modo totalitário, pois determina os objetivos da Economia, os meios que deverão ser utilizados para se atingir esse objetivo e também estabelece um prazo que se cumpra tais metas. Não há a figura da empresa ou do empresário, uma vez que tudo pertence ao Estado. Tem-se a figura do técnico a serviço do aparato estatal para dar seguimento àquela atividade.

É nesse contexto, de embate entre essas duas correntes que foi elaborada o texto constitucional de 1988¹⁰⁷ e definido na Ordem Econômica.

¹⁰⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 09.

¹⁰⁷ Nesse particular, a lição de J. Bernardo Cabral, relator-geral da Assembléia Constituinte, é muito salutar ao nos demonstrar a construção do texto constitucional. Conforme o relator, uma das primeiras decisões da Assembléia Geral Constituinte foi a não adoção de um anteprojeto do texto constitucional. Desse modo, a matéria constitucional foi discutida pontualmente, sendo grande o debate a respeito do papel do Estado no domínio econômico. O embate ocorreu entre duas teses. A primeira colocava o Estado como o sustentáculo das tendências do mercado, a fim de apoiar os polos empresariais constituídos que dinamizam a economia, desobstruindo suas expansões, defendendo uma desregulamentação progressiva das atividades estatais. A segunda tese apresentava o Estado como um regente de tendências do mercado, tendo um papel mais forte junto às empresas, estabelecendo um sistema de subvenções às empresas que se enquadrassem nos moldes estabelecidos. Desse modo, não houve um consenso entre a comissão de sistematização da Constituição e o grupo denominado centrão, apontando-se para uma votação que seria marcada por um duelo. Tal impasse produziu o que no jargão da Assembléia Constituinte era denominado buraco negro, ou seja, uma situação em que não se conseguia uma definição de qualquer texto base para se proceder à votação. Pertinente a atuação de Ulysses Guimarães, que conclamou a Constituinte a buscar o caminho do equilíbrio, ao invés da radicalização. Foi no título da ordem econômica que se concentraram as mais acirradas discussões. Nesse contexto, conseguiu-se fechar um acordo, reforçando a atuação do presidente da Assembléia Constituinte. Ainda foram oferecidas emendas ao texto constitucional de perfil estatizante, que não foram acolhidas, pois ofertavam uma demasiada intervenção estatal na economia. Assim, procedeu-se ao texto a respeito da ordem econômica, em que se fixou que o Estado participaria em dois momentos na economia. Conforme o art. 173, a exploração da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando for necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, enquanto o art. 174 conferiu ao Estado o poder de normatizar, regular, fiscalizar e planejar as atividades econômicas. CABRAL, J. Bernardo. A intervenção do Estado no domínio econômico: breve enfoque da época dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. In: **A intervenção do Estado no domínio**

A matriz constitucional brasileira estabeleceu que o Estado poderá intervir na Economia, no entanto, embora não expresse claramente que o modelo adotado é o capitalista, o entendimento que se depreende da análise do texto constitucional não poderia ser diferente.

Assim, a intervenção do Estado no domínio econômico está delimitado ao texto constitucional, sendo que a hipótese de intervenção direta é definida no art. 173, quando se configura a hipótese de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Vale lembrar, que a abordagem da Ordem Econômica objetiva estabelecer um limite e um equilíbrio entre o público e o privado. E dentro desse contexto deve-se ter a referência do mandamento constitucional do art. 170, que eleva a Livre Iniciativa como princípio da Ordem Econômica.

Desse modo, a Livre Iniciativa e a interferência do Estado no domínio econômico convivem no texto constitucional brasileiro. O que, a princípio, parece um paradoxo, em verdade, configura-se como uma completude, afinal, a Ordem Econômica possui uma finalidade, qual seja, existência digna segundo os ditames da justiça social.

Assim, é assegurada a Livre Iniciativa no ordenamento jurídico pátrio, o que se configura como argumento de que o legislador constituinte adotou o modelo capitalista. Entretanto, o Capitalismo puro, em que todas as relações seriam reguladas pelo mercado, não existe e não foi ideologicamente adotado na Constituição de 1988.

Preleciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁰⁸ que

Hoje, tolera-se como compatível com a economia descentralizada o planejamento (indicativo) por parte do Estado, sua intervenção frequente e multifária, bem como a sua atuação direta, como empresário, nos campos da produção e do consumo. Esta coexistência de iniciativa privada e atuação pública no plano econômico reclama uma delimitação. Do contrário, há o risco de que se desnature o tipo de organização econômica.

Desse modo, o Estado pode atuar tanto de forma direta, como agente econômico, como de forma indireta. Considerando que a Livre Iniciativa é indissociável da Livre Concorrência, o Estado, ao intervir de maneira indireta,

econômico: condições e limites: Homenagem ao professor Ney Prado. Coord. Ives Gandra da Silva Martins Filho e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 201, p. 25-32.

¹⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.p. 11.

regulando e normatizando, exercendo as funções de fiscalização, planejamento e incentivo, conforme denota o art. 174 da Constituição.

Conforme Paulo Henrique Rocha Scott¹⁰⁹

Assim, é correto asseverar que ao Estado brasileiro – União, Distrito Federal, Estados federados ou Municípios –, quando diante da atividade econômica, são constitucional e imediatamente atribuídos papéis que se circunscrevem às ações de normatizar e reguar e que, em consequência disso, as atividades econômicas praticadas no território brasileiro ou mesmo as que praticadas no exterior aqui surtam seus efeitos, de modo geral, sujeitar-se-ão, no mínimo, a um agir estatal que reger-se-á sob a perspectiva de valorizar o trabalho humano e sob o dever de aceitar a livre iniciativa, artigo 170, *caput*, com o objetivo de promover e assegurar a existência digna a todos

Assim, o Estado interfere de maneira indireta na economia, exercendo o papel normativo e regulador da atividade econômica.

O papel normativo passa pela dimensão de se estabelecer uma vontade ordenadora, dentro de uma realidade fática, sob o contexto das relações sociais. Do papel normativo do Estado, como modo de interferência indireta na economia, depreende-se duas consequências. A primeira diz respeito ao impecilho de o Estado brasileiro fomentar regras que não atendam à Livre Iniciativa e à propriedade privada. A segunda diz respeito a um quadro de responsabilidades, uma vez que a atuação do poder normativo não é uma faculdade, mas sim um dever do Estado.

Conforme Tercio Sampaio Ferraz Junior¹¹⁰ a “ atuação do Estado como agente normativo leva à tarefa de fiscalizar, de promover a vigilância do jogo da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano”.

Por fim, Paulo Henrique da Rocha Scott¹¹¹ pondera que

Sem esquecer que no Brasil o campo econômico sempre foi dependente da iniciativa estatal, pode-se afirmar que o Estado tem autorização constitucional para atuar na realização de disposições normativas sobre a atividade econômica praticada no seu território, com o propósito de dar – na medida em que fixa novas opções, atualiza condicionantes e conveniências quanto ao modelo a ser efetivado no campo das atividades econômicas, ou mesmo quando reforça as diretrizes e soluções já existentes – concreção aos valores, princípios, preceitos e objetivos que conformam a ordem econômica constitucional, criando um espaço normativo infraconstitucional contendor de diretrizes mais específicas e práticas,

¹⁰⁹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 98.

¹¹⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 48-49.

¹¹¹ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**: estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 110.

capazes de compor, dentro de alguns setores econômicos ou mesmo de todo o setor econômico nacional, novos relacionamentos, novas situações, para que possa ser efetivamente alcançado um ambiente produtor de resultados convenientes à sociedade brasileira.

Com certa periodicidade, confunde-se a atuação normativa do Estado, também denominada de regulamentadora, com a outra forma de interferência indireta estatal na economia, que se configura no exercício da função reguladora. Com efeito, o ato de regular procede à sujeição da realidade ao ordenamento jurídico já estabelecido, ou seja, as ações visam adequar e até mesmo reprimir os agentes econômicos que não estão em conformidade com o padrão estabelecido pela norma jurídica.

No entanto, há uma interrelação entre o poder regulador e o poder normativo, afinal, o poder regulador tem a sua atuação com base na norma jurídica, no texto legal. É o poder normativo que estabelece o modo e os limites de atuação do poder regulador, bem como as hipóteses de incidência.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior¹¹² entende que o poder regulador da atividade econômica exercido pelo Estado está adstrito a dois elementos, quais sejam, as tarefas de incentivo e planejamento. No entanto, é Eros Roberto Grau¹¹³ quem melhor se posiciona, afirmando que a função reguladora reclama também a fiscalização.

Manoel Jorge e Silva Neto¹¹⁴ informa que

A ligação do valor social do trabalho à livre iniciativa determina a opção constitucional pela democracia social, sendo esta ideologia firmada pelo constituinte de 1988. É esta ideologia assentada sobre os princípios anteditos que conduz ao remate de a atividade econômica no Brasil estar submetida à regulação e não à regência. A primeira indica a fixação de diretrizes e acompanhamento de sua execução pelo Estado; a segunda impõe total comando dos destinos da economia ao órgão estatal, deixando pouca ou nenhuma liberdade de opção aos indivíduos.

A atuação na área do planejamento não deve ser confundida com a ideia de planificação, comum às economias centralizadas. Em verdade, o planejamento estatal confere um viés indicativo ao particular, ou seja, o Estado sugere metas, traça caminhos econômicos e estabelece seu plano de atuação a nível nacional. No

¹¹² FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989, p. 49.

¹¹³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.21.

¹¹⁴ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 96-7.

entanto, embora seja facultativo para os agentes privados, o planejamento torna-se obrigatório para o ente público, inclusive sendo passível de responsabilização pelo seu não cumprimento.

Eros Roberto Grau¹¹⁵ informa que

Planejamento a que respeita o § 1º do art. 174 é o planejamento do desenvolvimento nacional [...] Os planos são, fundamentalmente, normas-objetivo, isto é, normas que definem fins a alcançar. É o seguinte, pois – e apens este –, o significado da cláusula final no art. 174 da Constituição de 1988: a realização dos objetivos visados pelos planos nacionais e regionais de desenvolvimento é determinante para o setor público, porém meramente indicativo para o setor privado.

Assim, a idéia de planejar não deve ser confundida com a idéia de regência, afinal, o planejamento se configura para o particular como um indicativo, buscando, também, oferecer ao Estado maior eficiência da atividade econômica.

Conforme a orientação de Oscar Dias Corrêa¹¹⁶, a idéia de incentivo corresponde a uma idéia de estímulo, o qual é ofertado pelo Estado a um determinado agente econômico, objetivando-se um comportamento adequado ao ambiente socioeconômico, tanto no sentido da evolução ou regulação.

O incentivo se configura como um estímulo, de modo a favorecer a atividade econômica. Outro papel exercido pelo incentivo estatal é equilibrar o desenvolvimento econômico entre as diversas regiões de sua base territorial. Como se sabe, o desenvolvimento econômico não ocorre de forma uniforme pelo território, sendo, portanto, necessário a atuação do Estado, através de incentivos, para que o desenvolvimento chegue às regiões menos favorecidas.

Por sua vez, a política de incentivos usada pelo Estado deve se resguardar de extrema cautela, pois como adverte Amartya Sen¹¹⁷ o oferecimento de incentivos (e, da mesma forma, gastos públicos diretos em áreas consideradas essenciais) pode ter como efeito distorcer os esforços individuais e desincentivar a economia.

Ademais, o incentivo não pode favorecer determinados grupos em detrimento de outros. E com o advento da globalização, muitos países usaram política de

¹¹⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.262-4. Grifos existentes no original.

¹¹⁶ CORRÊA, Oscar Dias. **A Constituição de 1988**: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 222.

¹¹⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motlla; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 155.

incentivos para promover o desenvolvimento de suas matrizes econômicas, o que acabou gerando verdadeira guerra de incentivos fiscais.

O Estado também intervém diretamente na economia. Conforme preceitua o texto constitucional, em seu art. 173, para que tal intervenção ocorra, deverá ser respeitado os imperativos da segurança nacional ou a o relevante interesse coletivo. Observa-se, portanto, que é uma hipótese reduzida, subsidiária, cabendo ao ente estatal fomentar a Livre iniciativa.

Desse modo, a intervenção direta do Estado na economia não se configura uma regra, mas, sim, uma exceção ao princípio da Livre Iniciativa, princípio basilar da ordem econômica.

O novo texto constitucional de 1988 não condicionou a intervenção do Estado à ausência de atuação do setor privado na atividade econômica. Nesse ponto, a Constituição vigente difere do texto de 1969, que preceituava a ação direta do Estado na hipótese de ausência da atuação privada no setor. Embora o papel do Estado seja subsidiário, disso não se depreende que é um papel de menor importância.

No entanto, a terminologia adotada pelo Magna Carta – segurança nacional e relevante interesse coletivo – são termos abertos, abstratos, sem uma definição jurídica exata. Pontua André Ramos Tavares¹¹⁸ que

Quando se utilizam conceitos vagos, abstratos, de escassa precisão semântica, a imediata consequência é a possibilidade de alargamento dos mesmos pelos aplicadores do Direito, para os quais se transfere o poder de precisar o conteúdo dos referidos termos. Assim, a indeterminação opera uma ampla margem de discricionariedade ao Legislativo, na criação de leis de caráter intervencionista, sob o fundamento de regulamentação da Constituição, bem como ao Judiciários, na aplicação dos vocábulos aos casos judiciais que envolvam a apreciação da atividade econômica do Estado. Ademais, por se tratar de um conjunto normativo constitucional, ocupará posição de destaque a compreensão emitida pelo Supremo Tribunal Federal, intérprete último dos termos constitucionalmente empregados.

A ideia de segurança nacional, por ser demasiada aberta, apresenta o perigo de se ofertar um forte poder ao Executivo. Nas palavras de Oscar Dias Corrêa¹¹⁹ “segurança nacional, estranho à conceituação econômica e sujeito às variações da

¹¹⁸ TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Método, 2003, p.281-2.

¹¹⁹ CORRÊA, Oscar Dias. **A constituição de 1967: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 91.

conveniência política, conjuntural, insuscetível de definição e, mais ainda, de delimitação em termos exatos.”

Assim, a quem couber a definição do termo segurança nacional – geralmente tal definição é esboçada pelo Executivo – caberá um grande poder, pois interferirá diretamente na economia.

4 HIERARQUIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Considerando-se que o homem é um ser gregário, para viver em harmonia com os demais necessita abrir mão de parte de sua liberdade, delegando ao Estado o poder de interferir nas relações privadas, dentro de determinados limites impostos pela própria lei, a fim de garantir a manutenção do equilíbrio da sociedade.

Os economistas clássicos, como Adam Smith, acreditavam que a Economia possuía um sistema de regulação próprio, e que os integrantes deste sistema não precisariam de uma intervenção externa, posto que uma “mão invisível” os orientaria naturalmente. Entretanto, a teoria de Smith só possui validade em condições ideais de mercado (livre concorrência, consumidores informados, produção e o consumo em níveis desejáveis), o que não acontece na prática. Na realidade, verificaram-se diversas situações que punham em xeque a teoria de Smith, como por exemplo, a formação de monopólios.

Assim, as dificuldades enfrentadas, incluindo-se aí o agravamento das desigualdades sociais e grandes crises econômicas que abalaram o mundo, levaram à admissão da intervenção estatal no seio da Economia. Ocorre que, ao legitimar o Estado a promover interferências na esfera privada a fim de promover o bem estar social, verificou-se o aumento de seu papel coercitivo e da burocracia, que objetivando resultados sociais mais céleres, atuavam no sentido de diminuir a liberdade do cidadão, conduzindo a ações fora de foco e à violação de limitações constitucionais e direitos humanos.¹²⁰

Por esse motivo, o liberalismo passou por uma reconfiguração, principalmente na Europa e nos Estados Unidos, a partir de teorias (ou escolas) neoclássicas que apontavam a solução no sentido da redução gradativa do poder do Estado, com a diminuição generalizada de tributos, privatização das empresas estatais e redução do poder do Estado de fixar ou autorizar preços¹²¹. A Liberdade de Iniciativa Econômica e a Soberania Econômica devem ser protegidas pelo Estado do abuso de Poder Econômico praticado por Empresários estrangeiros.

¹²⁰ HAYEK, Friedrich August von. The meaning of welfare state. In: **The welfare state reader**. Edited by Francis G. Castles and Christopher Pierson. Cambridge: Polity Press. 2000.

¹²¹ HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990, p. 221.

4.1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E GLOBALIZAÇÃO

“O Capitalismo é um sistema econômico parasitário”, afirma Zygmunt Bauman¹²² inspirado nas palavras de Rosa Luxemburgo. Com esta crítica sem meias palavras, compara o sistema financeiro predominante no globo aos seres que vivem em associação com outros dos quais retiram os meios para a sua sobrevivência, normalmente prejudicando o organismo hospedeiro. O sociólogo ressalta que, como todo parasita, acaba por comprometer a subsistência do ser que lhe fornece alimento, destruindo, assim, as condições de sua própria sobrevivência.

Pois bem. A globalização é um complexo fenômeno fruto do Capitalismo, caracterizado pelos processos de aprofundamento das relações em todo o mundo, a partir da integração econômica, social, política e cultural, especialmente a partir da segunda metade do século XX. A Globalização é, portanto, uma consequência dos anseios de busca de novos mercados pelo Capitalismo. Nas palavras de Paulo Sandroni¹²³, o termo designa o fim das Economias nacionais e a integração cada vez maior dos mercados, dos meios de comunicação e dos transportes. Vale ressaltar, no ensejo, o pensar de Milton Santos¹²⁴, segundo o qual

É como se o mundo se houvesse tornado, para todos, ao alcance da mão. Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas. Há uma busca de uniformidade, ao serviço dos atores hegemônicos, mas o mundo se torna menos unido, tornando mais distante o sonho de uma cidadania verdadeiramente universal. Enquanto isso, o culto ao consumo é estimulado.

Milton Santos é de clareza solar ao tecer críticas ao processo de globalização e ao sistema capitalista, evidenciando as contradições entre o interesse econômico e os interesses sociais. Tais conflitos tornam-se ainda mais flagrantes na medida que as ferramentas tecnológicas possibilitam a expansão desse fenômeno tanto através dos meios de comunicação como com a modernização dos meios de transporte, acarretando uma nova dinâmica caracterizada pela fluidez das noções de tempo e espaço, que, entretanto, contribui para o agravamento de problemas como a desigualdade e a pobreza.

¹²² BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 8.

¹²³ SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1999, p. 265.

¹²⁴ SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 18.

Do ponto de vista político, a globalização promoveu uma verdadeira revolução ao propiciar o incremento do acesso às tecnologias de informação e comunicação, especialmente a internet, o que impactou diretamente nas estruturas de poder vigentes, afetando principalmente países ditos regimes anti-democráticos. Por outro lado, critica-se que a globalização não conseguiu promover a redução das desigualdades internacionais nem uma Ordem Econômica mais justa e equilibrada¹²⁵.

Do ponto de vista econômico, a globalização pode ser entendida como o ápice da internacionalização do Capitalismo, estabelecendo uma dinâmica de interação que prestigia a competitividade e o consumo. É no sentido de buscar promover tanto o bem estar como o desenvolvimento econômico que as relações entre Estado e particulares devem ser pensadas sob o prisma da globalização. Não há, pelo menos em termos substanciais, uma alternativa eficaz ao Capitalismo; portanto, é preciso encarar a globalização como uma realidade incontestável, em que as empresas multinacionais são vetores centrais da nova conjuntura econômica mundial. No dizer de Boaventura de Sousa Santos¹²⁶:

Os traços principais desta nova economia mundial são os seguintes: economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global; processos de produção flexíveis e multilocais; baixos custos de transporte; revolução nas tecnologias de informação e de comunicação; desregulação das economias nacionais; preeminência das agências financeiras multilaterais; emergência de três grandes capitalismo transnacionais: o americano, baseado nos EUA e nas relações privilegiadas deste país com o Canadá, o México e a América Latina; o japonês, baseado no Japão e nas suas relações privilegiadas com os quatro pequenos tigres e com o resto da Ásia; e o europeu, baseado na União Europeia e nas relações privilegiadas desta com a Europa de Leste e com o Norte de África.

Há de se alertar para as consequências deste sistema, que exige uma delicada interação entre o sistema econômico mundial e os Estados – estes com a importante missão de limitar os ditames daquele sem, contudo, comprometer sua dinâmica, sob pena de entrar em colapso.

Ainda em Boaventura de Sousa Santos pode-se aduzir que as principais tendências da globalização consistem resumidamente em: abertura das economias nacionais ao mercado mundial; adequação de preços domésticos aos praticados no

¹²⁵ STIGLITZ, Joseph Eugene. **A globalização e seus malefícios**: a promessa não-cumprida de benefícios globais. São Paulo: Futura, 2002.

¹²⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da globalização, in Santos, Boaventura de Sousa (org.), **Globalização: fatalidade ou utopia?**. Porto: Edições Afrontamento, 2001.

comércio internacional; priorização das exportações; políticas monetárias e fiscais orientadas para a redução da inflação e da dívida pública e para a vigilância sobre a balança de pagamentos; proteção dos direitos de propriedade privada; privatização do sector empresarial do Estado; redução da regulação estatal na Economia ao mínimo; redução do peso das políticas sociais no orçamento do Estado, e consequente redução do montante das transferências sociais.

4.2. A LIBERDADE ECONÔMICA E SUA APLICAÇÃO NO CONTEXTO DA GLOBALIZAÇÃO

Inicialmente, faz-se necessário dedicar parte do trabalho ao estudo do desenvolvimento econômico. Isso porque o desenvolvimento econômico deve ser entendido como direito fundamental, tendo em vista que, segundo a lição de Guilherme Amorim Campos da Silva¹²⁷, possui precedência sobre os objetivos políticos, enquanto se enquadra como objetivo fundamental, vinculando juridicamente o legislador em relação à liberdade econômica.

Para tanto, dizem os economistas, deve ser assegurado ao sistema econômico a eficiência, pois o desenvolvimento econômico é um fenômeno que integra todo o conjunto do sistema e não apenas parte dele. Essa eficiência é chamada de eficiência dinâmica, “por importar uma permanente e auto-sustentada evolução em toda a estrutura não apenas econômica, mas social e cultural dos países onde se implantasse o processo desenvolvimentista”¹²⁸.

Vale destacar que não se deve confundir Eficiência do Mercado com Eficiência da Intervenção do Estado. A primeira é tema chave das ciências econômicas, e consiste, resumidamente, no conceito de que em um mercado eficiente, é possível confiar nos preços, pois os mesmos apreendem todas as informações disponíveis sobre o valor de cada título. Na explicação de Eugene Francis Fama¹²⁹

Em um mercado eficiente, a competição entre muitos participantes inteligentes conduz a uma situação onde, em qualquer momento no tempo, os preços reais dos ativos individuais já refletem os efeitos de informações, tanto com base em eventos que já tenham ocorrido no

¹²⁷ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 62.

¹²⁸ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 350.

¹²⁹ FAMA, Eugene Francis. **Random Walks in Stock Market Prices**. Financial Analysts Journal, v. 51, n. 1, p. 75-80, 1995.

passado ou em eventos que o mercado espera que ocorram no futuro. Em outras palavras, em um mercado eficiente o preço do ativo será uma boa estimativa do seu valor intrínseco em qualquer momento.

O foco deste capítulo recai sobre a eficiência da intervenção do Estado. Retomando a ideia do Contrato Social trazida por Rousseau, tem-se que a noção de Estado, já traz em si uma proposta de intervenção. De Plácido e Silva¹³⁰ traz à luz o conceito jurídico de grande valia:

Do latim *interventio*, *intervenire* (assistir, intrometer-se, ingerir-se), em acepção comum é tido o vocábulo como intromissão ou ingerência de uma pessoa em negócios de outrem, sob qualquer aspecto, isto é, como mediador, intercessor, conciliador etc.

A Constituição Federal de 1988 dedica um título à Ordem Econômica. Nesse, expõe-se que o desenvolvimento das riquezas e bens de produção nacionais deve ser orientado e compatível com a qualidade de vida de toda a população. Dessa forma, as buscas pela igualdade e pela erradicação da pobreza e das desigualdades sociais e regionais possuem amplo destaque ao tratar-se de desenvolvimento nacional e, conseqüentemente, econômico.

Nessa esteira, salienta Guilherme Amorim Campos da Silva ao afirmar que “a produção de riquezas orienta-se sob o princípio distributivo da ação interventiva do Estado na ordem econômica, observado o princípio fundamental de desenvolvimento nacional”¹³¹. Assim, vê-se que é inevitável e, também, necessária a atuação do Estado para garantir a realização desses princípios e direitos, pois o social, o político e o econômico são os elementos que compõe o texto constitucional, devendo ser obedecido e garantido por meio do ente estatal.

Ocorre que, para atingir tal propósito, qual seja garantir uma efetiva e eficiente intervenção no domínio econômico, o Estado não pode se valer apenas de uma metodologia com parâmetros econômicos. Tampouco é suficiente a análise jurídica das normas, posto que a complexidade do sistema econômico induz necessariamente à abordagem multidisciplinar.

Mais do que isso, a intervenção do Estado no domínio econômico necessita, ainda, de uma verificação de seus efeitos positivos no seio da sociedade, que é o destinatário final de suas políticas. Portanto, cada ação deve ser submetida a um

¹³⁰ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

¹³¹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 63.

duplo teste: o da eficiência normativo-econômica e o da eficiência social. É de fundamental importância perceber que a Eficiência Econômica e Social deve pautar a Intervenção do Estado na Economia. Vale dizer ainda que a intervenção orientada apenas por uma delas não deve ser realizada.

O art. 174 da Constituição Federal de 1988 garante ao Estado as funções de agente normativo e regulador da atividade econômica, realizando estas através da fiscalização, do incentivo e do planejamento. Dessa forma, o legislador constituinte oferece amplos poderes relativos à atividade econômica ao Estado. Ocorre que o parágrafo primeiro desse mesmo artigo dá a função ao Poder Legislativo de traçar as diretrizes e bases do planejamento econômico que, por sua vez, deve observar e garantir o desenvolvimento nacional equilibrado. Assim, ao mesmo tempo em que a norma constitucional dá ao Estado amplos poderes para normatizar e regular a atividade econômica, vincula essa à observância do desenvolvimento nacional, visto que se trata de direito fundamental.

Analisando o artigo supramencionado, Guilherme Amorim Campos da Silva¹³² preleciona que o texto normativo pode ser visualizado sob dois prismas fundamentais. O primeiro nos remete à presença de um direito fundamental, qual seja, o direito ao desenvolvimento nacional planejado e o segundo traduz a descrição de um dever do Estado, a saber: a promoção do desenvolvimento econômico nacional, observando a qualidade de vida de cada cidadão.

Ocorre que os termos desenvolvimento nacional e desenvolvimento econômico são abertos. Desta forma, imprescindível dizer que o desenvolvimento econômico deve ser encarado pelo Estado e pelos indivíduos que o compõem como a garantia de uma qualidade de vida melhor combinado com um equilíbrio na distribuição de renda e de condições mais saudáveis de vida.

Desse modo, a medida de renda *per capita*, muito utilizada pela ciência econômica, não é o indicador de desenvolvimento econômico mais apropriado, pois não afere o nível de bem-estar que as condições materiais dispõem à população. Mais do que isso, o desenvolvimento econômico “envolve uma série infindável de

¹³² SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 66.

modificações de ordem qualitativa e quantitativa, de tal maneira a conduzir a uma radical mudança de estrutura da economia e da própria sociedade”¹³³.

Nesse diapasão, destaca Josaphat Marinho que o desenvolvimento pretendido pela sociedade é um “estado de realização comum das pessoas, e não de exclusão de umas, para favorecimento de outras”¹³⁴. Importa-se, todavia, com a qualidade da distribuição do desenvolvimento no meio social e não a quantidade de bens produzidos, pois multiplicidade de bens, sem divisão no seio social, não garante a justiça social, prevista como fundamento da ordem econômica.

Assim, a relação entre desenvolvimento e bem-estar deve ser íntima. Nessa linha, destaca Fábio Nusdeo que

a tendência é a de se desconsiderar as cifras brutas do produto e da renda, caso não haja incremento de qualidade de vida ou redução na agressão ambiental. Isto equivale ver o desenvolvimento econômico não um fim em si mesmo, mas um meio, um grande e complexíssimo meio pra se chegar ao objetivo final: a melhor qualidade de vida – para a qual o acesso a maior quantidade de bens de consumo direto é apenas um ingrediente¹³⁵.

Como direito fundamental, o direito ao desenvolvimento nacional é uma norma jurídica constitucional que possui eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes. Assim, cada poder, dentro da sua jurisdição, não pode se furtar a agir visando o desenvolvimento nacional, devendo, para tanto, exercer suas ações, seja de ordem política ou jurídica, objetivando a norma constitucional.

O direito ao desenvolvimento econômico é um direito a uma prestação. Por essa razão, faz-se necessário entender qual a natureza jurídica desse direito e, também, qual a relação entre o dever de prestação do Estado e a pretensão subjetiva dos indivíduos. A própria Constituição Federal traz normas programáticas que determinam políticas públicas, a fim de que se chegue a um desenvolvimento nacional equilibrado. Ocorre que, por mais que a Constituição estabeleça programas, entende-se que essas normas possuem uma natureza coercitiva, pois caracterizam-se pela imperatividade ou proibitividade. Daí Guilherme Amorim Campos da Silva dizer que

¹³³ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 353.

¹³⁴ MARINHO, Josaphat. Constituição, desenvolvimento e modernidade. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**: Senado Federal, ano 34, n.135, jul-set. 1997.

¹³⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao Direito Econômico. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 363.

o direito humano fundamental de se contrastar políticas públicas eleitas para a realização do desenvolvimento nacional seja objeto de enquadramento no tipo legal das normas principiológicas coercitivas de programas de políticas públicas em regime de obrigatoriedade do regime constitucional específico.¹³⁶

Como já visto, o direito ao desenvolvimento nacional e, conseqüentemente, econômico é um direito fundamental, mas antes, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Esse direito, assim como todos os outros direitos fundamentais, passa por um processo de positivação a partir do reconhecimento internacional. Nesse diapasão, a Resolução 41/128 da Assembleia Geral da ONU aduz que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, onde todos os indivíduos de todos os povos possuem o direito de participar de um desenvolvimento econômico, social, cultural e político.

Nessa linha de intelecção, podemos dizer que o direito ao desenvolvimento é um direito que engloba todos os demais direitos fundamentais, porquanto estende a possibilidade de realização das potencialidades nas diversas áreas de conhecimento a todos os indivíduos que compõem uma sociedade.

Por essa razão a Constituição Federal de 1988, ao dispensar um título para a Ordem Econômica, como objetivo de que essa fosse estruturada para atender e realizar o desenvolvimento nacional. Esse desenvolvimento, no entanto, deve ser entendido e buscado em sua esfera qualitativa e não apenas no aspecto quantitativo, pois assim realizam-se os preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, observando-se o processo de extensão das liberdades. Nessa linha, destaca Amartya Sen¹³⁷ que o principal meio do desenvolvimento é a extensão das liberdades.

Não basta que as normas de Direito Econômico se revistam de coercitividade, o interesse público deve ser levado em consideração, pois esse impõe que o Estado intervenha na economia sempre que sua omissão gere qualquer comprometimento do desenvolvimento nacional. Deve-se atentar sempre para a busca do equilíbrio entre as iniciativas tomadas em busca do desenvolvimento econômico e da produção de riquezas. Essa última, ademais, deve seguir o padrão da distribuição,

¹³⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 71

¹³⁷ SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motlla; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

para que se consiga desenvolvimento de outros setores econômicos e uma diminuição das desigualdades regionais.

Desta forma, esclarece Guilherme Amorim Campos da Silva que “com a Carta da República de 1988, o desenvolvimento nacional é alçado à categoria de princípio fundamental (art. 3º, II) do Estado Democrático de Direito que é, ao mesmo tempo, condição de existência da República”¹³⁸.

4.2.1 Intervenção do Estado na Economia no âmbito da Globalização

Em meados do século XX, a visão estática da economia começa a perder o seu espaço, em virtude da crescente preocupação em torno do desenvolvimento. Nesse passo, podemos destacar as críticas ferrenhas de Keynes aos pressupostos teóricos e metodológicos dos neoclássicos e sua defesa pelo aumento da intervenção do Estado na economia, para que se evitasse uma crise capitalista. É, pois, nesse contexto, que começam a surgir os debates e as preocupações acerca do desenvolvimento econômico.

Diz Gilberto Bercovici¹³⁹ que uma das teorias que mais influenciaram o Estado brasileiro foi a teoria dos polos de crescimento, também chamada de teoria dos polos de desenvolvimento, criada por François Perroux. Para essa teoria, o surgimento de uma indústria ou o fortalecimento e crescimento de uma já existente difundem-se, acabando por gerar novas indústrias. Ocorre que esse crescimento se dá apenas em um polo, que modifica seu ambiente imediatamente, mas concentra o crescimento.

Outros teóricos influenciaram as políticas de desenvolvimento do Brasil, como, por exemplo, Gunnar Myrdal e Albert Hirschman. Para o primeiro, a decisão econômica é o ponto inicial para uma modificação estrutural e pode ter efeitos regressivos ou propulsores. Aqui, cumpre destacar o fato dos países subdesenvolvidos se pautarem no enfraquecimento dos efeitos propulsores, o que gera a desigualdade interna. Já Hirschman propôs a teoria chamada de crescimento desequilibrado, onde o desenvolvimento não deveria mirar a eliminação do

¹³⁸ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 79.

¹³⁹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 46 - 50.

desequilíbrio, mas sim mantê-lo, pois o desequilíbrio ajuda no desenvolvimento em si, uma vez que os indivíduos procurariam sempre superá-lo.

Malgrado essas teorias tenham forte influência sobre a política brasileira de desenvolvimento, destaca o mesmo autor que a teoria que efetivamente fundamentou o desenvolvimento nacional brasileiro foi a teoria da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina*). Isso porque as teses da CEPAL davam respaldo suficiente para a tradição intervencionista e industrialista existente no Brasil desde 1930. A teoria da CEPAL pauta-se na ideia de que, sobretudo nos países subdesenvolvidos, não há como copiar modelos econômicos externos, uma vez que necessário é compreender as estruturas sociais para se entender o comportamento das variáveis econômicas.

Nesse sentido, Guilherme Amorim Campos da Silva entende que “uma Teoria do Desenvolvimento deve buscar o progresso e romper com a estrutura de exploração”¹⁴⁰. Vale dizer que uma estrutura de exploração pode parecer, de logo, muito atraente, pois dessa forma, o trabalho seria realizado sem custo. Ocorre que, como bem destaca o autor, o modelo de exploração somente pode forjar o desenvolvimento, pois esse desenvolvimento estaria pautado na miséria de parte da população, concentrando, ainda mais, a renda e dificultando o desenvolvimento ao qual a Constituição Federal de 1988 se refere.

É a partir dessa ideia que Maria da Conceição Tavares aduz que

um processo de desenvolvimento capaz de engendrar uma sociedade mais justa e solidária representa uma ruptura com as tendências históricas do capitalismo brasileiro altamente concentrador do poder, da riqueza e da renda e gerador de exclusão social de massas crescentes da população.¹⁴¹

Daí se conclui que o subdesenvolvimento do Brasil pode advir do capitalismo empregado, como também pode ser um resultado do período colonial e seu modelo escravagista. Sabe-se, no entanto, que o desenvolvimento é condição *sine qua non* para a efetivação do bem-estar social. Daí se dizer que “as reformas estruturais são o aspecto da política econômica dos países subdesenvolvidos, condição prévia e necessária da política de desenvolvimento”¹⁴².

¹⁴⁰ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 91.

¹⁴¹ TAVARES, Maria da Conceição. **A transformação Social como Eixo do Desenvolvimento**. Folha de S. Paulo, 18 de outubro de 2001.

¹⁴² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

Para Guilherme Amorim Campos da Silva, “uma teoria do desenvolvimento, digna deste nome, deve garantir a vigência dos cinco pilares sustentáculos da democracia: liberdade, igualdade, solidariedade, diversidade e participação”¹⁴³. O Estado subdesenvolvido, para superar o subdesenvolvimento e atingir o desenvolvimento, deve percorrer um longo caminho, através de um processo de ruptura com o sistema, tanto no âmbito interno, como externo.

Gilberto Bercovici esclarece que “quando não ocorre nenhuma transformação, seja social, seja no sistema produtivo, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas da simples modernização”¹⁴⁴. O que nos leva a concluir que, para se alcançar o desenvolvimento nacional, sobretudo o econômico, o Estado deve sofrer transformações sociais, alterando-se o sistema produtivo e econômico. Ressalta o autor, ainda, que com a modernização, a concentração de renda aumenta, pois privilegia apenas uma pequena parcela da sociedade, e o subdesenvolvimento persiste¹⁴⁵.

Desta forma, como afirma Celso Furtado¹⁴⁶, o conceito de desenvolvimento supera o conceito e a ideia de crescimento, pois o crescimento sem desenvolvimento é modernização. A ideia nos dá respaldo suficiente para afirmar que a superação do subdesenvolvimento e o alcance do desenvolvimento de um Estado deve se pautar nas transformações das estruturas econômicas e institucionais, para se chegar nas transformações sociais. É por essa razão que se afirma que o desenvolvimento econômico é imprescindível para a efetivação do desenvolvimento nacional.

Importante, portanto, é a figura do Estado na política de desenvolvimento. A direção do Estado, dado o contexto de atuação autônoma deste, propicia a efetivação de um projeto de desenvolvimento, com base na industrialização e na autonomia nacional.

Historicamente, com o advento do Estado Social, o governo passou a se ater, também, a planejamentos, com o estabelecimento de políticas de médio e longo prazo. A partir disso, as constituições em todo o mundo passaram a prever uma

¹⁴³ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004, p. 95.

¹⁴⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

¹⁴⁵ Idem, p. 53.

¹⁴⁶ FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 101-104.

série de direitos e matérias, pois começam a identificar, em seus textos, o conflito existente entre as forças sociais.

Nos anos 80, no entanto, o planejamento e a política de desenvolvimento são esquecidos pelo Estado, tendo em vista que a gestão estatal somente se deu para planos de estabilização econômica, com efeitos em curto prazo. Nesse período, o Estado não levou em consideração o desenvolvimento nacional, pois se esqueceu de programar políticas públicas – o que, vale lembrar, é fundamental.

Desse modo, salienta Gilberto Bercovici que “toda reflexão sobre a política de desenvolvimento exige que se refira ao Estado”¹⁴⁷, devendo, portanto, existir uma preocupação maior em torno do estudo sobre a Teoria do Estado. Atualmente, destaca este autor, o papel que o Estado deve ter na economia é controverso.

No Estado neoliberal, onde a economia de mercado determina as decisões políticas e jurídicas, relativiza-se a autoridade governamental. Apesar desse modelo, todavia, a questão do desenvolvimento econômico ainda está em pauta, visando o debate sobre os caminhos do desenvolvimento, visto que “a falta de integração social, econômica e política continua exigindo uma atuação do Estado”¹⁴⁸, conforme preleciona, nessa linha, Gilberto Bercovici

Na realidade, o que há é a inefetividade do Direito estatal, com o Estado bloqueado pelos interesses privados. A conquista e ampliação da cidadania, no Brasil, portanto, passam pelo fortalecimento do Estado perante os interesses privados e pela integração igualitária da população na sociedade.

Embora o Estado e, no caso, a República Federativa do Brasil deva se fortalecer perante os interesses privados, inclusive por uma questão de segurança da própria sociedade, uma vez que a iniciativa privada responde aos seus próprios interesses e não aos interesses coletivos, deve-se atentar para os limites do fortalecimento do Estado. Não é cabível falar em desenvolvimento em um Estado que detenha todas as funções e que possua uma larga intervenção. Os limites devem ser claros e impostos à atuação estatal.

A Liberdade de Iniciativa Econômica e a Soberania Econômica devem ser protegidas pelo Estado do abuso de Poder Econômico praticado por Empresários estrangeiros. Por outro lado, nesse contexto, torna-se crucial que o Estado atue no sentido de proteger a liberdade de iniciativa e sua soberania econômica contra o

¹⁴⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

¹⁴⁸ Idem, p. 65.

abuso do poder econômico praticado por empresários estrangeiros. Em caso de práticas anticoncorrenciais, por exemplo, o Estado deve intervir para proteger o empresário brasileiro enquanto durar o abuso do poder econômico e buscar meios de coibir tais atos. Mesmo diante de eventual ineficiência da atividade empresarial brasileira face à estrangeira, o Estado deve promover uma proteção temporária e incentivar o aperfeiçoamento da indústria nacional.

Destaque-se, porém, que a proteção da Soberania Econômica, contudo não implica numa proteção exagerada ao empresário brasileiro, pois disso resultaria a ineficiência da indústria nacional. Estas medidas devem ter como objetivo garantir a eficiência econômica e social do Estado brasileiro, vez que a prevalência da Liberdade de Iniciativa Econômica acarreta benefícios a longo prazo, enquanto a Eficiência Econômica e Social, a curto e médio prazo.

Isto decorre do fato de que a existência da atividade econômica é requisito para que se possa discutir sobre a Eficiência Econômica e Social da intervenção executada pelo Estado. Não existindo atividade, não há que se falar em intervenção estatal, pois aquela seria o objeto desta.

Assim entendida, os prejuízos da prevalência da Liberdade de Iniciativa Econômica em detrimento da Eficiência seriam compensados pela manutenção da atividade econômica, o que possibilitaria uma futura intervenção por parte do Estado, desta vez, sob a égide da Eficiência Social e Econômica, de forma que, estaria apenas postergando para outro momento histórico-temporal, a produção de efeitos da intervenção baseada na eficiência que outrora fora preterida.

Em caso de práticas anticoncorrenciais, o Estado deve intervir para proteger o empresário brasileiro enquanto durar o abuso do poder econômico e buscar meios de coibir tal prática. No entanto, tal proteção não deve perdurar indefinidamente no tempo. Em caso de ineficiência da atividade empresarial brasileira em face da estrangeira, o Estado deve promover uma proteção temporária e incentivar o aperfeiçoamento da exploração dessa atividade. Tal proteção temporária visa que o empresário nacional se modernize e possa competir no Mercado em condições de lealdade e igualdade. A proteção indeterminada acarretaria no comodismo do empresariado nacional e na não renovação tecnológica das técnicas de produção.

Ressalte-se, ainda, que no caso de se verificar Eficiência Econômica sem que o mesmo ocorra em relação à Social, não há justificativa plausível para a intervenção. Por outro lado, caso de Eficiência Social sem a Econômica acarretará

em elevados custos para o Estado, com consequências orçamentárias negativas, podendo até mesmo inviabilizar o Crescimento. Assim, em caso de conflito inevitável entre a Eficiência Econômica e a Eficiência Social deve prevalecer a Social, em razão da obediência aos preceitos da Justiça Social previstas no bojo do art. 170 da Constituição Federal. Se ocorrer conflito entre a Eficiência Econômica e Social e a Liberdade de Iniciativa Econômica, deve prevalecer a Liberdade de Iniciativa Econômica, pois a longo prazo trará maiores benefícios e viabilizará as demais.

São dois os fundamentos de aplicação da Eficiência Econômica e Social à intervenção do Estado na Economia. O primeiro fundamento é matajurídico e decorre da necessidade de atuação do Estado orientado por parâmetros confiáveis e que tragam benefícios para todos.

O segundo fundamento é jurídico constitucional e decorre da previsão constitucional da proporcionalidade. A proporcionalidade em sentido estrito exige o balisamento entre a dimensão de realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos, o que se aproxima intimamente a Eficiência Econômica e Social.

Sobre a eficiência econômica e distribuição de renda, Mercurio e Medema apontam as dificuldade de se promover tal confluência, pois não é tarefa simples dado que não existe um mercado com condições ideais de concorrência:

“It is clear from the thrust of the “economic side” of Law and Economics that the efficiency with which resources are allocated consequent to legal change is a major concern. Indeed, much of the economic theory brought to bear on analyzing legal change focuses directly on the relative efficiency of the allocation of resources. On the other hand, from the “law” side, the traditional concerns are often with questions of distribution under the guise of legal doctrines built on the precepts of justice and fairness. What remains to be sorted out is what sort of role efficiency and distributional analysis should play in Law and Economics. If the world were as simple as that described by the perfectly competitive marker, then all we need do is to set in place the just and fair initial property rights structure and, barring problems with information, enforcement, public goods, and externalities, the market would provide us with an efficient allocation of resources—the *optimum optimorum*. Life is not that simple, however. Legal-economic policy, and thus legal change, is a continuous process in modern, mixed-market economies, and markets themselves never quite manage to satisfy the requirement of perfect competition. The effect is that judges and policymakers continually make choices among competing goals.”¹⁴⁹

¹⁴⁹ MERCURO, Steven; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2 ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 50-51. “É evidente a partir do impulso do “lado econômico” de Direito e Economia que a eficiência com que os recursos são alocados para consequente alteração legal é uma grande preocupação. Na verdade, grande parte da teoria econômica exercida para analisar a mudança legal concentra-se diretamente

Diante do exposto, vê-se que uma política de desenvolvimento econômico e desenvolvimento social são de extrema importância para o desenvolvimento nacional do País. Como bem preceitua Gilberto Bercovici, embora interdependentes, o desenvolvimento econômico não existe sem o desenvolvimento social e vice-versa. Assim, “um Estado que abre mão de planejar o futuro, desta forma, abre mão, também, de uma das características fundamentais da sua própria estatalidade”¹⁵⁰.

Assim, observa-se que a intervenção do Estado no domínio econômico, de modo a propiciar o desenvolvimento nacional, deve ser orientada pela idéia de eficiência econômica e social. Observa-se que o mandamento da atuação eficiente do Estado já está consagrado no texto constitucional, no art. 37 ao abordar a respeito da Administração Pública. Desse modo, a atuação estatal no domínio econômico não deve se preocupar apenas com resultados monetários, com estatísticas ou produção de riquezas. Deve haver a preocupação social, pois só conjugando ganhos econômicos e sociais é que se conseguirá efetivar a meta de desenvolvimento nacional.

Por fim, cabível recordar que a atuação na Ordem Econômica objetiva garantir a existência digna sob os ditames da justiça social. Tal objetivo pode ser compreendido como desenvolvimento. Não se pode falar em desenvolvimento como sinônimo de produção de riquezas. Acrescenta-se ao conceito a ideia do social, do humano. Portanto, observa-se que a Eficiência Econômica e Social como elemento de orientação da Intervenção do Estado no domínio econômico possui como finalidade promover o desenvolvimento nacional.

sobre a eficiência relativa da alocação de recursos. Por outro lado, a partir do ponto de vista legal, as preocupações tradicionais são frequentemente com questões de distribuição sob o pretexto de doutrinas jurídicas construídas sobre os preceitos de justiça e equidade. O que resta a ser resolvido é o tipo de papel que a análise de eficiência e distribuição deve ter nessa questão. Se o mundo fosse tão simples e guiado pela competição do mercado, então tudo o que precisamos fazer é pôr em prática as normas de propriedade, estrutura de direitos e, salvo problemas com informações, execução, os bens públicos e externalidades, o mercado poderia nos fornecer com uma eficiente alocação de recursos, o *opitimum optimorum*. A vida não é assim tão simples, entretanto. A política jurídico-econômica e, também mudanças normativas, consistem num processo contínuo dentro das modernas e variadas economias de mercado, e os mercados nunca se ajustam de modo a satisfazer a exigência de uma concorrência perfeita. Isso faz com que os juizes e legisladores continuamente façam escolhas entre objectivos concorrentes." (tradução livre).

¹⁵⁰ Idem, p. 67-68.

4.2.2 Intervenção do Estado na Economia e sua aplicação em face de práticas Anticoncorrenciais no Comércio Exterior

No final do século XX, a Globalização propiciou enorme avanço nas tecnologias de informação e comunicação¹⁵¹, gerando um incremento sem precedentes nas relações comerciais e sócio-culturais (além de produtos, informações sobre costumes, estilos de vida, filosofias as mais variadas, direitos etc.) em todo o mundo. Com o comércio intensificado, bem como os fluxos financeiros, as empresas passaram a extrapolar as fronteiras nacionais, disputando então o mercado e a produção em escala global. Por conseguinte, a noção de soberania passou a ser objeto de análise. Explica Castells¹⁵² que:

A apreensão do tempo histórico pelo Estado mediante a apropriação da tradição e a (re)construção da identidade nacional passou a enfrentar o desafio imposto pelas identidades múltiplas definidas por sujeitos autônomos. A tentativa de o Estado reafirmar seu poder na arena global pelo desenvolvimento de instituições supranacionais acaba comprometendo ainda mais sua soberania. E os esforços do Estado para restaurar sua legitimidade por meio da descentralização do poder administrativo, delegando-o às esferas regionais e locais, estimulam as tendências centrífugas ao trazer cidadãos para a órbita do governo, aumentando, porém, a indiferença destes em relação ao Estado-Nação. Assim, enquanto o capitalismo global prospera e as ideologias nacionalistas demonstram seu vigor em todo o mundo, o Estado-Nação, cuja formação está historicamente situada na Idade Moderna, parece está perdendo o seu poder, mas não – e essa distinção é essencial – sua influência.

Dessa forma, observa-se que o poder estatal vem perdendo espaço no âmbito econômico¹⁵³, mas conserva sua soberania na medida em que busca o bem público. Essa noção é fundamental para compreender, no contexto da Globalização, a importância da atuação do Estado no domínio econômico, no sentido de proteger seus súditos no mercado internacional, conferindo-lhes vantagens que compensem eventual desequilíbrio na competição verificada em âmbito internacional, de forma a atender sua finalidade precípua e a integração econômica.

¹⁵¹ COSTA, Larissa Maria Lima. Globalização, soberania e direito: reflexões sobre direito e política. In: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de (Org.). **Direito e política: anais do II congresso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 129-136.

¹⁵² CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. 2º vol. Paris: Editora Paz e Terra, 2000. p.357

¹⁵³ “Já se chegou a dizer que ‘não é o Estado que intervém na economia, mas a economia que intervém no Estado pr meio de lobbies” (SCHOLLER, Heinrich. Constituição e globalização: a transição do estado social da economia planificada para uma economia de mercado, in: **Direitos Fundamentais Sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado** [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 95)

Não há dúvidas de que a concorrência, quando sadia e, portanto, sem abusos, é extremamente benéfica, estimulando a criatividade, a qualidade e a disponibilização de novas tecnologias. Pelo contrário, quando verificadas práticas desleais consumidores e o mercado como um todo sofrem prejuízos e conforme aduz Paulo Antônio Caliendo V. da Silveira¹⁵⁴, “ a disputa comercial internacional tem exigido criatividade, eficiência e enfoque no consumidor, características que só uma economia de livre concorrência tende a assegurar”.

Segundo Vera Thorstensen o processo de globalização tem resultado em um aprofundamento da especialização internacional e na interpenetração das economias nacionais. Assim, toda medida que tenha impacto na decisão de produção de bens ou serviços de uma empresa globalizada se tornou tema de interesse para o governo de outros países e para a comunidade internacional. Consoante a autora.¹⁵⁵

No contexto da globalização, a identidade nacional dos produtos e das empresas que os fornecem fica cada vez mais difícil de ser identificada. Como consequência, as novas regras para o comércio internacional devem enfatizar o impacto de todas as políticas econômicas sobre o funcionamento dos mercados globais, sujeitas às exigências econômicas de melhor eficiência, e sujeitas às exigências políticas de tratamento justo por parte dos governos aos interesses de outros países. Tratamento não discriminatório para produtos e para empresas, sejam nacionais ou estrangeiros, passou a ser um dos grandes temas do momento atual.

Neste contexto, não se pode deixar de mencionar a adoção, cada vez mais intensas e frequentes, de medidas protecionistas por diversas nações frente ao acirramento da concorrência e, principalmente, as práticas de concorrência desleal. Segundo o último relatório divulgado pelo Global Trade Alert¹⁵⁶ (GTA), o Brasil desponta entre os dez principais países do mundo em número de medidas discriminatórias aplicadas em 2011, especialmente contra a China, com destaque para o plano Brasil Maior.

O desaquecimento da economia e a dificuldade em punir as práticas de concorrência desleal são fatores decisivos para o acirramento do protecionismo desenvolvido pelos Estados.

¹⁵⁴ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. **Defesa da concorrência no Mercosul**: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações. São Paulo: LTR, 1998. p. 39.

¹⁵⁵ THORSTENSEN, Vera. **A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência**. *Rev. bras. polít. int.* [online]. 1998, vol.41, n.1, pp. 57-89.

¹⁵⁶ EVENETT, Simon J. **Trade tensions mount**: the 10th GTA report. London: CEPR, 2011.

4.3 EFICIÊNCIA ECONÔMICA E SOCIAL

No contexto da Globalização Econômica, a busca capitalista de novos mercados provocou uma expansão que tenta suplantar as barreiras alfandegárias dos países. De fato, houve um incremento substancial na relações comerciais travadas entre os países. Neste espectro, o empresário nacional começou a enfrentar a concorrência dos estrangeiros, que possuem condições de produção distintas, o que resultou numa necessária busca da eficiência dos meios de produção e circulação de bens e serviços.

A ideia da eficiência propagou-se para o Direito através dos estudiosos da Análise Econômica. O primeiro conceito trazido para a Ciência Jurídica foi o de Eficiência Econômica. Esta definição passou a ser usada pelo Direito e, em seguida, para nortear a intervenção do Estado na Economia. Entretanto, este não conseguiu sustentar-se sozinho, principalmente por não conseguir responder a todos os anseios sociais. Assim, a Eficiência também evoluiu para a verificação do provável resultado da intervenção do Estado, desde que seja aplicado o duplo teste para esta intervenção: econômico e social.

A aplicação da Eficiência Econômica e Social como método de verificação de adequação da intervenção estatal na Economia possui dois fundamentos substanciais: a orientação do Estado no Domínio Econômico por parâmetros confiáveis, embasamento extrajurídico, e equivalência material ao princípio constitucional da proporcionalidade em sentido estrito, embasamento jurídico.

Há uma forte ligação entre o Direito e a Economia que propicia uma íntima relação entre esses campos. Ambas têm muito que contribuir para o entendimento e desenvolvimento uma da outra. O diálogo entre essas disciplinas é muito mais visível numa ordem prática, ou seja, na solução de casos concretos. O pensamento pós-moderno exige do jurista uma visão interdisciplinar em relação ao Direito, sendo que os problemas encontrados são de extrema complexidade e, por isso, precisa-se de um olhar mais apurado, de sensibilidade, para compreender o todo.

A Análise Econômica do Direito nasce de uma visão realista do Direito, que vem contestar a metodologia dogmática preceituada nos estudos jurídicos. Desse modo, a Análise Econômica do Direito nasce dos estudos de economistas que trazem, para o cenário jurídico, preceitos de ordem econômica. A Análise Econômica

do Direito teve como principais precursores Gary Becker, Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner¹⁵⁷.

Ronald Coase, tido como o pioneiro e o fundador da Análise Econômica do Direito¹⁵⁸, desenvolveu um teorema, denominado de Teorema de Coase, que consistia na inserção de custos de transação na análise econômica que influencia de forma considerável as organizações e instituições. Para Coase, havia uma íntima relação entre Direito e Economia. Aduz que as normas jurídicas determinam de certa forma os resultados econômicos.

Para ele, as instituições têm papel fundamental na influência da ordem econômica. As instituições são criadas e mantidas pelo Estado, sendo que elas têm a função de regulamentar a organização do Estado, criar condições para os agentes econômicos desenvolverem suas atividades, assim como realizar outras deliberações para garantir as operações de ordem privada.

No teorema de Coase subsiste a tríade Direito, Economia e Organizações. Há, dessa forma, um novo elemento, as organizações. Para ele, as organizações “são relações contratuais coordenadas por mecanismos idealizados pelos agentes produtivos”¹⁵⁹. Sendo assim, é necessário elaborar um modo de governança a partir de normas que regulamentem as organizações como forma de coibir riscos, prejuízos, e aumentando os resultados positivos.

Portanto, o direito assume importância no que se refere à redução de custos de transação, o que facilita as negociações. Obter resultados eficientes nas negociações privadas, através da redução dos custos de transação, é um pressuposto para que as normas jurídicas sejam elaboradas. A lei serve como instrumento de facilitação das negociações privadas, devendo esse pressuposto ser levado em conta na hora da normatização.

Destacou-se, concomitantemente a Coase, Guido Calabresi, que desenvolveu seus estudos de Análise Econômica do Direito na Universidade de Yale. Calabresi como teórico foi precursor da Escola de Yale, ou também Escola Institucional da Economia.

¹⁵⁷ MAIA, Douglas. **Paradigmas da análise econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira**. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2007.

¹⁵⁸ COASE, Ronald. **The nature of the firm**. *Economica*, n. 4, 1937.

¹⁵⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 7

Guido Calabresi, em seus estudos de Análise Econômica do Direito, preocupou-se com a questão da responsabilidade civil e os consequentes resultados decorrentes da sua interação com a Economia. Ele preconizou a importância da análise econômica nos problemas jurídicos, sobretudo no que diz respeito a problemas de responsabilidade civil e indenização. Calabresi atenta para a necessidade de se inserir, no campo jurídico, a análise econômica, para que sejam viabilizadas correções do sistema.

Difere da Escola de Chicago, capitaneada por Coase, pelo motivo de que traz uma análise normativa do direito. Ou seja, a inserção de preceitos de ordem econômica na análise de *Law and Economics* tem o objetivo de aperfeiçoar o sistema normativo. Nesse caso, as normas jurídicas, quando forem formuladas, devem atentar para a inserção de uma visão economicista, a fim de que incentivem o comportamento dos indivíduos para atingir resultados melhores, de acordo com interesses sociais¹⁶⁰.

Trazendo preceitos econômicos para a análise do instituto da responsabilidade civil, Guido Calabresi aduz que seria mais viável a substituição do modelo de responsabilidade subjetiva, para o de responsabilidade objetiva, pois a causação de danos, prejuízos e acidentes é vista como fatalidade inerente à sociedade e, por isso, passíveis de ocorrer, sendo assim, um problema social. A substituição para o modelo objetivista pressupõe que os agentes causadores de danos à sociedade tenham mais cautela e precauções eficientes, impondo a preocupação da precaução para o agente causador de dano e não à vítima. Uma responsabilidade objetiva inibiria os agentes de agirem com negligência na condução das atividades empresariais.

Debruçou-se também nos estudos de Análise Econômica do Direito Richard Posner¹⁶¹, que se aprofundou no tema e trouxe uma visão mais pragmática sobre a interação entre Direito e Economia, bem como sistematizou as ideias até então preconizadas por seus antecessores. Influenciado pelo Realismo Jurídico, Posner faz severas críticas ao sistema normativo, aduzindo que se faz necessária uma melhor adequação do sistema legal à realidade. Afirma, também, que o principal destinatário das normas é, indubitavelmente, o *homo economicus*.

¹⁶⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77

¹⁶¹ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

Ao analisar o direito sob um viés econômico, Posner aduz alguns pressupostos inerentes à interação entre essas disciplinas. Desse modo, estabelece que, de acordo com o preceito econômico da escolha racional, os indivíduos realizam comportamentos que visam a maximizar seus resultados individuais, procurando, de certa forma, a relação custo-benefício, ao proceder nesse sentido. Aduz, também, que é de fundamental importância o papel da lei no estabelecimento do equilíbrio dos preços nas atividades de mercado.

Posner traz, ainda, uma análise pragmática e realista do direito ao aduzir que, nos países com sistema de *common law*, a figura do juiz na criação das decisões judiciais é de extrema importância para a solução e pacificação dos problemas sociais. Transporta, portanto, para o Direito, a figura econômica do princípio da eficiência.

[...] the term “efficiency”, when used as in this book to denote that allocation of resources in which value is maximized, has limitations as an ethical criterion of social decisionmaking. The concept of utility in the utilitarian sense also has grave limitations, and not only because it is exceedingly difficult to measure when willingness to pay is jettisoned as a metric. First, most people don’t believe – and there is no way to prove them wrong – that maximizing happiness, or contentment, or joy, or preference satisfaction, or the excess of pleasure over pain, or some other version of utility is or should be one’s object in life. Happiness is important to most people, but isn’t everything. Would you be willing to take a pill that would put you into a blissfully happy dreamlike trance for the rest of your life, even if you were absolutely convinced of the safety and efficacy of the pill and the trance?

[...]

Second, by aggregating utility across persons, utilitarianism treats people as cells in the overall social organism rather than as individuals. [...]

Third, utilitarianism has no boundary principles. [...]¹⁶²

Ainda, segundo Posner, nas decisões judiciais muitas vezes existem razões econômicas escondidas sob argumentação retórica:

“Few judicial opinions contain explicit references to economic concepts. But often the true ground of legal decision are concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of opinions. Indeed, legal education consists primarily of teaching students to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds, many of which may turn out to have an economic character. That is no surprise.”¹⁶³

¹⁶² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 11-12.

¹⁶³ "Poucas decisões judiciais contêm referências explícitas a conceitos econômicos. Mas muitas vezes os verdadeiros fundamentos da decisão judicial estão escondidos e não iluminado pela retórica característica de opiniões. Na verdade, a educação jurídica consiste principalmente

Torna-se relevante para o entendimento do princípio da eficiência, aplicado por Posner ao direito, a explanação da eficiência de Kaldor-Hicks¹⁶⁴. Segundo este, é inviável ocorrer o alcance de resultados ótimos através do ótimo de Pareto, pois para Kaldor-Hicks as mudanças de situações que tragam benefícios para um agente econômico pressupõe via de regra desvantagem ou prejuízos para outrem. Contudo, a eficiência é alcançada no momento em que o incremento da situação do agente beneficiado possa de certa forma compensar prejuízos à situação dos prejudicados.

Kaldor-Hicks traz a ideia de “compensação potencial”¹⁶⁵. Desse jeito, Kaldor-Hicks introduz à eficiência o princípio da equidade. Com isso, espousa a ideia de que se os benefícios e vantagens coletivas forem maiores que as perdas, e estas puderem ser potencialmente compensadas pelos beneficiários, os prejuízos são justificados, atingindo a eficiência.

Richard Posner se envolveu em críticas severas à doutrina de Oliver Williamson, componente da Escola Nova Economia Institucional. Posner, sustentou seus estudos com bases da Escola Neoclássica sobre *Law and Economics*. Williamson, sendo da Nova Economia Institucional, criticava veementemente a *Law and Economics* por ter bases neoclássicas. Posner, por sua vez, alegava que a Nova Economia Institucional não passava de um estudo de casos¹⁶⁶ e que o que determina uma teoria não é sua origem ou influências e, sim, o que ela prediz.

Foi Oliver Williamson¹⁶⁷ quem introduziu ao cenário da Análise Econômica do Direito a análise das organizações, acrescida ao direito e à economia, para o incremento na formulação de normas jurídicas. Esta Escola da Nova Economia Institucional atenta-se para a importância das instituições e veio a acrescentar o estudo das organizações à teoria da Análise Econômica do Direito tradicional. Williamson apresenta uma bipartição do ordenamento em público e privado. Para o autor, o ordenamento público estaria mais ligado à Análise Econômica do Direito,

em ensinar os alunos a escavar abaixo da superfície retórica para encontrar esses motivos, muitos dos quais podem vir a ter um caráter econômico. Isso não é nenhuma surpresa. ”

¹⁶⁴ MAIA, Douglas. **Paradigmas da análise econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira**. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2007.

¹⁶⁵ Idem.

¹⁶⁶ POSNER, Richard A. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁶⁷ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**. São Paulo: Réplica Books, 2008.

sob o enfoque mais tradicional, enquanto que, no ordenamento privado, aduz a importância das organizações para solução de conflitos que envolvam transações.

Mercurio e Medema, falando sobre as diferenças entre as escolas da análise econômica do Direito e a importância desta metodologia sugerem que isoladamente, cada uma delas traz uma abordagem muito estrita sobre o tema, mas, levando-as em consideração em conjunto, conseguem trazer à tona a “caixa preta” das relações entre desenvolvimento econômico e teoria jurídica, frustrando, talvez, aqueles que esperam a resposta sobre a melhor escola ou a melhor abordagem:

“This approach is perhaps less than comforting to doing Law and Economics to those who want to be given “an approach” or “the best approach” to doing Law and Economics. The fact is that there isn’t such a thing. Each of these schools of thought is far too narrow in scope to do justice to the breadth and totality of interrelations between legal and economic process. Taken together, however, they unlock the black box of legal-economic relationships that had so long been ignored in the development of economic and legal thinking. It may be true that, as many critics of Law and Economics have argued, law is far too important to be left to the economists. It is also however, far too important to be left to the lawyers, the ethicists, the political scientists, or the sociologists. Holmes was right: in the legal arena, the man of the future really has turned out to be “the man of statistics and the master of economics”. Both economics and the law are much richer as a result”¹⁶⁸

A Análise Econômica do Direito sofreu resistência em determinados sistemas jurídicos que pautam o ordenamento sob uma metodologia dogmática e abstrata, pois a Ordem Econômica é eminentemente empírica, estabelecendo-se da análise de casos concretos. Por isso, a Análise Econômica do Direito clama por uma interpretação das normas jurídicas considerando as teorias econômicas.

A Análise Econômica do Direito também proporciona na seara jurídica, através da interação entre Direito e Economia, subsídios para que os juristas, por

¹⁶⁸ MERCURIO, Steven; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law**: from Posner to postmodernism and beyond. 2 ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 341. "Essa abordagem é talvez menos do que reconfortante Lei fazendo e Economia para aqueles que querem ser dada" uma abordagem "ou" a melhor abordagem "para fazer Direito e Economia. O fato é que não há tal coisa. Cada uma dessas escolas de pensamento é muito estreito em escopo de fazer justiça à amplitude e totalmente de inter-relações entre o processo jurídico e econômico. Tomados em conjunto, no entanto, eles desbloquear a caixa-preta de jurídico-econômicas relações que durante tanto tempo foram ignoradas no desenvolvimento do pensamento econômico e jurídico. Pode ser verdade que, como muitos críticos de Direito e Economia têm argumentado, a lei é demasiado importante para ser deixada para os economistas. Também é no entanto, demasiado importante para ser deixada para os advogados, os especialistas em ética, os cientistas políticos, ou os sociólogos. Holmes estava certo: na arena jurídica, o homem do futuro realmente acabou por ser "o homem das estatísticas e do mestre da economia". Tanto da economia e da lei são muito mais ricas, como resultado " (tradução livre)

meio das suas decisões, tragam resultados eficientes na solução dos casos concretos. De acordo com a lição de Vasco Rodrigues¹⁶⁹, as questões que a Análise Econômica do Direito tem se preocupado são as seguintes: “quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico?” ou, também, “qual o enquadramento jurídico que deveria existir?”. Analisando essas questões, aduz o autor que a Economia atua em relação ao Direito em dois momentos, sob um enfoque positivo e sob um enfoque normativo.

Primeiramente, os preceitos de Ordem Econômica induzem que as escolhas realizadas pelo *homo economicus*, que nada mais são do que os sujeitos destinatários das normas jurídicas, são determinadas pelos incentivos derivados do Ordenamento Jurídico, através de alterações no custo-benefício, estabelecidas no sistema. Vasco Rodrigues preleciona que, quando os comportamentos são proibidos e passíveis de punição, a relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não o é¹⁷⁰.

Neste diapasão, o Autor conceitua a Análise Econômica do Direito como sendo a teoria que “procura perceber as implicações do direito vigente e identificar o enquadramento jurídico que melhor alinharia os comportamentos individuais com o interesse conjunto da sociedade”. Desse modo, analisar o Direito sob um enfoque econômico é trazer para os campos dessas disciplinas uma visão interdisciplinar e unificadora, mesmo que possuam métodos e objetos específicos.

Dizem os economistas que a ciência econômica se distingue das demais ciências sociais não pelo seu objeto, mas sim pelo seu método. Assim, o método da ciência econômica consiste nos princípios da escolha racional, princípio do equilíbrio e da eficiência. Fazendo uma exposição geral, o princípio da escolha racional, um dos mais importantes na economia, aquele que impulsiona das escolhas dos agentes econômicos, consiste em um ditame que o *homo economicus* age para atingir o máximo de seus resultados, ou seja, “visa a maximizar sua utilidade individual”.

Assim, as escolhas dos agentes econômicos são pautadas em decisões que proporcionem benefícios superiores aos custos empregados, a fim de aumentar sua utilidade. São os preceitos utilitaristas determinantes das escolhas dos agentes

¹⁶⁹ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34

¹⁷⁰ Idem, p. 34

econômicos. A utilidade individual é preceito de ordem subjetiva, ou seja, cada indivíduo nas suas escolhas é movido por uma utilidade que lhe é subjetiva, não cabendo à economia determinar que tipo de utilidade o indivíduo terá. Podem ser movidos por utilidade egoísta ou altruísta.

No que se refere ao princípio do equilíbrio, este impõe o equilíbrio das transações econômicas, ou seja, numa livre negociação econômica os interesses individuais de quem disponibiliza o recurso e de quem quer adquiri-lo, assim, “a quantidade dos que querem comprar seja igual a que a dos que queiram vender”.

Quanto ao princípio da eficiência, tido como o princípio vetor da economia, dispõe que as transações ocorridas através da livre negociação dos indivíduos tragam resultados eficientes para ambos. Este princípio pauta-se no Teorema de Pareto¹⁷¹, que estabelece que é alcançada a eficiência quando, da passagem de uma situação para outra, as utilidades dos indivíduos são aumentadas, sem que com isso signifique a diminuição da utilidade do outro. São eficientes quando, ao aumentar as utilidades dos indivíduos, ambos estejam nessa condição, sem que tenha diminuído, em nada, a utilidade do outro.

Compreender a Análise Econômica do Direito pressupõe o entendimento dos princípios econômicos, pois seus percussores os aplicam à ciência jurídica, a fim de buscar melhores resultados práticos. Vasco Rodrigues determina que a Análise Econômica do Direito consiste na aplicação dos princípios da Ordem Econômica ao estudo do Direito como consequência de atribuir uma melhor aplicação e efeitos às normas jurídicas¹⁷².

O princípio econômico da escolha racional aduz que os agentes econômicos, nas suas escolhas, agem de forma racional. Ao atuarem através de suas escolhas, já possuem suas preferências que são estáveis e predeterminadas. Vasco Rodrigues afirma, também, que as preferências dos agentes econômicos são completas e transitivas¹⁷³. São completas, pois, quando o agente define suas escolhas, ele preferiu por completo uma dada alternativa. São transitivas, pois, dadas diversas alternativas, e o agente preferir uma delas, optará sempre por essa escolha.

¹⁷¹ JURAN, Joseph Moses. **Juran's quality control handbook**. 4. ed. New York: McGraw, Inc, 1988.

¹⁷² Idem, p. 39

¹⁷³ Idem, p. 14.

Liga-se a racionalidade à utilidade. Isso porque quando o agente econômico define as suas escolhas, estabelecendo ordem de preferências, esta ordem tem relação direta com a utilidade advinda de suas escolhas. Ao escolher uma alternativa, desta escolha advirá uma certa utilidade. Desse modo, o agente escolherá aquilo que lhe for mais útil. Utilidade é nada mais do que a “satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação”¹⁷⁴,

Além disso, o que move as escolhas dos agentes econômicos é, também, os benefícios que advirão delas. Assim, os benefícios auferidos têm que ser maior do que os custos empregados.

Como a utilidade que se retira da escolha é individual e, portanto, de índole subjetiva, os indivíduos utilizam uma avaliação pessoal para essas utilidades. O que pode significar utilidade para um, não necessariamente implica utilidade para outrem. Insta observar, ainda, que, quando os agentes econômicos fazem suas escolhas, atuando de forma racional, não é sinônimo de que “são racionais”. Escolha racional é um comportamento que guia os agentes econômicos. O princípio da escolha racional, que pauta as atividades dos agentes econômicos, visa a estabelecer uma maximização dos resultados econômicos. O lucro auferido na atividade empresarial, por exemplo.

Os agentes econômicos, exercendo as escolhas racionais, como o fim de otimizar os resultados, ou seja, a utilidade das escolhas, sofrem certas restrições neste exercício. Com isso, o princípio do equilíbrio vem agir nessas circunstâncias de restrições, que determinam as alternativas que serão escolhidas. Nas suas escolhas, os agentes econômicos encontram restrições de ordem social e estas estabelecem as alternativas que serão passíveis de escolha.

De acordo com a lição de Vasco Rodrigues, a interação social existe sob dois vieses, quais sejam, “o exercício da autoridade e a livre negociação”¹⁷⁵. O primeiro aduz que os resultados da interação são determinados unilateralmente. Nas sociedades, o poder da autoridade é de extrema importância na interação social, pois, muitas vezes, tem a prerrogativa de dar destinação aos recursos disponíveis. No segundo viés, a interação social vem na forma de livre negociação entre os agentes econômicos. A livre negociação se dá sob o enfoque do mercado.

¹⁷⁴ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

¹⁷⁵ Idem, p. 19

No mercado, os agentes econômicos viabilizam a livre negociação, na qual um recurso é posto à disposição por aquele que oferece, que, em contrapartida, receberá propostas daqueles que procuram. O câmbio é viabilizado pelo preço, recurso que os compradores dão aos vendedores. Segundo o autor, o preço é “o incentivo que leva o agente a comprar o recurso ou a deixar de o fazer”¹⁷⁶. Através do preço, os compradores avaliarão se, de acordo com a escolha racional, o benefício que irão auferir da utilidade do recurso é maior do que os custos empregados. Em caso positivo, adquirirão o recurso.

De acordo com a escolha racional, os compradores analisarão no mercado, se o preço de investir em um determinado recurso compensa no usufruto de sua utilidade. Caso o preço para adquirir seja muito elevado, ou maior que a utilidade que o recurso tem a oferecer, a negociação não será realizada. Dá-se o nome de “preço de reserva” para o preço máximo que um comprador pode investir em um certo recurso, sendo capaz de retirar, ainda, uma utilidade que seja compensável. Como já exposto, a utilidade é medida subjetiva e pessoal. Por isso, o preço de reserva é a “medida monetária da utilidade”, variando de pessoa para pessoa.

Nesse diapasão da livre negociação de Mercado, encontra-se a lei da oferta e da procura, que consiste, basicamente, em “quanto menor o preço de um recurso, maior a demanda de compradores”. Por outro lado, “quanto maior o preço de um recurso, menor é a oferta”, ou seja, menor é a disponibilidade deste recurso pelos vendedores.

Nesta senda, no mercado de livre negociações (interação social), busca-se o princípio do equilíbrio, que orienta o preço, através da oferta e procura, entre vendedores e compradores. Desse modo, na livre negociação, chega-se a um preço que equilibra o mercado. Assim, o preço equilibrado é aquele em que as quantidades oferecidas e procuradas são similares. No preço de equilíbrio, a quantidade procurada é idêntica a quantidade oferecida.

A ciência econômica não se preocupa substancialmente com os comportamentos individuais, mas, sim, com a interação individual dos comportamentos que resultam em comportamentos coletivos. Preocupa-se com as ações em sua generalidade, ou seja, “traços comuns de comportamentos”.

¹⁷⁶ RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito**: uma introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20.

O objetivo da ciência econômica é contribuir com seus métodos para a organização da sociedade. A Economia visa analisar os comportamentos de forma generalizada e, também, contribuir de uma forma que se busque através desses resultados otimizados. O teorema de Pareto ou ótimo de Pareto¹⁷⁷ também tem esse objetivo. De acordo com a teoria, as situações tendem a ser alteradas para buscar uma maximização de resultados e, com isso, a eficiência é alcançada quando a situação posterior é melhorada, sem que não tenha, como consequência, a diminuição de vantagens para outrem.

Assim, a situação posterior supera a situação anterior tornando-se mais eficiente. Contudo, ao passar por uma sucessão de melhorias das situações, chega-se ao ponto em que, para se obter uma vantagem necessariamente, ter-se-á que haver prejuízos a outrem. Quando ocorrer em tais situações, dir-se-á que é um ótimo de Pareto.

Contudo, na Lição dos autores Alexandre Morais da Rosa e José Manuel Aroso Linhares¹⁷⁸, o ótimo de Pareto é uma teoria difícil de ser concretizada na prática, pois é difícil ocorrerem transações com externalidades nulas. Salientam que “há sempre terceiros que podem sofrer a incidência de efeitos de negociações”. Isso porque pode existir a hipótese de outros, que não são parte do contrato, serem atingidos pelos seus efeitos.

Sendo assim, Kaldor-Hicks incrementou o ótimo de Pareto, pois via sua impossibilidade fática, haja vista a existência da dinamicidade do mercado. Introduzia à eficiência paretiana, a compensação. Assim, serão eficientes os resultados da mudança de situação, desde que beneficiados possam compensar potencialmente os que foram prejudicados. A compensação dos prejuízos, mesmo em potencial, era uma justificação para as vantagens obtidas pelos beneficiários.

Os autores do liberalismo clássico defendiam que o mercado tinha o poder de auto-regulação, contudo, com o passar do tempo, isto se mostrou ineficiente. Por isso, para coexistir equilíbrio de competição e o alcance de resultados econômicos eficientes, é necessária a intervenção do Estado, para corrigir as falhas do mercado. O Estado prima por garantir segurança nas transações econômicas, assim como, garantir que as livres negociações sejam feitas sem obstaculizações e, também,

¹⁷⁷ JURAN, Joseph Moses. **Juran's quality control handbook**. 4. ed. New York: McGraw, Inc, 1988.

¹⁷⁸ LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 70.

reduzir, cada vez mais, os custos de transação. Ou seja, o Estado cria balizas que priorizam o bom funcionamento mercadológico.

De acordo com José Manuel Aroso Linhares e Alexandre Morais da Rosa¹⁷⁹, o Estado através de normas jurídicas, deveria minimizar as externalidades, restringindo comportamentos, regulamentando-os e aplicando sanções. O objetivo principal desta atuação é a promoção da eficiência. Afirma o autor que “a função das instituições é a de criar as condições normativas de aplicação de normas que diminuam e/ou reparem os ‘ruídos’ decorrentes do mercado”. Ou seja, o Estado, através de uma atuação positiva ou restritiva de comportamento dos agentes econômicos, deve gerar resultados mais eficientes e com menores custos. Cabe, também, ao Poder Judiciário, a partir de suas decisões, prolatar soluções eficientes para os problemas jurídicos que envolvem a realidade social.

As operações realizadas no mercado são guiadas pelo princípio da eficiência. Na análise das interações sociais, é imprescindível, para o melhor alcance dos resultados, a interação de todos os princípios econômicos, haja vista terem íntima relação. Assim partindo do princípio norte da escolha racional, chega-se ao preço de equilíbrio que atinge a eficiência do mercado.

É a Eficiência do Mercado que permitiu a estruturação da ideia de Eficiência da Intervenção do Estado. Neste trabalho, a segunda é mais importante. Ao planejar um atuação em qualquer setor de atividade econômica, o Estado deve submeter sua conduta ao duplo teste: eficiência do ponto de vista econômico e sob o aspecto social. Caso não se obtenha os dois aspectos no momento de intervir, o ente público deve evitar o procedimento planejado. A eficiência econômica sozinha oferece um resultado econômico positivo, mas a custa de uma fragilização social, como por exemplo a acentuação de desigualdades sociais ou simplesmente piora das condições de vida de pessoas da região alheias ao processo interventivo.

¹⁷⁹ LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Morais. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p. 70.

5 CONCLUSÃO

1. Ao conceituar princípios e tratar das diferenças entre eles e regras, reafirmou-se que a Liberdade de Iniciativa Econômica encontra-se na primeira categoria. Conforme foi demonstrado, admite-se a hierarquização de princípios, logo, a mesma é possível, melhor, impositiva quanto aos referentes à Ordem Econômica.
2. Algumas razões evidenciam a possibilidade de hierarquização de princípios: a estratificação de valores, o escalonamento de normas, técnica legislativa utilizada, relação de consectário lógico, graus de abstração, graus de otimização, existência de cláusulas pétreas, a possibilidade de inconstitucionalidade de emendas constitucionais.
3. Os valores são hierarquizados. Como os princípios possuem uma carga axiológica, também podem ser hierarquizados. Outra importante razão é a de que os princípios são normas e as normas são hierarquizadas na teoria da construção escalonada, conseqüentemente tal prerrogativa transfere-se aos princípios.
4. A redação conferida para legislador constituinte originário ao artigo inaugural da Ordem Econômica também autoriza esta estratificação dos princípios. Alguns foram expostos no *caput* do artigo, enquanto outros inseridos através de incisos, denotando menor a estes. Existe, ainda, uma relação de consectário lógico entre alguns princípios da Ordem Econômica, o que indica que uns servem de pressupostos para outros, emoldurando o espaço interpretativo dos últimos.
5. O maior grau de abstração dos princípios de primeiro grau também leva o intérprete à possibilidade de hierarquização. Ainda, o maior grau de maximização a que alguns princípios estão sujeitos em face de outros conduzirão ao mesmo raciocínio estratificatório.

6. A existência no Ordenamento de um núcleo irreduzível promove a ideia que a Constituição autoriza a hierarquização de normas do próprio texto constitucional e, conseqüentemente, dos princípios. Além disso, a, já declarada pelo STF, possibilidade de inconstitucionalidade de normas constitucionais, no caso de emendas, também autoriza essa diferenciação hierárquica.
7. Ainda que, de outro lado, defenda-se a unidade constitucional como impeditiva à hierarquização principiológica, verificou-se justamente o contrário. A estratificação normativa promove uma redução dos frontais conflitos de princípios, o que valoriza e reafirma a unidade da Constituição.
8. A abordagem sobre a hierarquização dos Princípios da Ordem Econômica permitiu a verificação, ao longo desta pesquisa, que a tradicional aplicação da ponderação, quando da existência de colisão entre princípios constitucionais relativos à Ordem Econômica, possibilita o decisionismo em demasia.
9. Em face desse tipo de confronto principiológico, apresentam-se aos magistrados os chamados *hard cases*. O Judiciário tem solucionado através da ponderação estas questões. As decisões proferidas afastam parcialmente um dos princípios para aplicar o outro. Entretanto, a fundamentação jurídica depende da pré-compreensão do julgador, o que pode acarretar arbitrariedades.
10. Apesar de consagrado pela doutrina, tem-se que o método da ponderação não é a melhor opção para resolução de colisão entre princípios da Ordem Econômica estruturados em diferentes graus.
11. A adoção da hierarquização de princípios mostra-se coerente, pelo fundamento constitucional que se provou existir para o desnivelamento deles, e impõe a utilização de um novo método para resolução de eventuais colisões – mais seguro – uma vez que diminui a margem de discricionariedade do

magistrado o que, conseqüentemente, tende a reduzir a incidência de decisões desmedidas.

12. Neste trabalho, restou consolidada a possibilidade de hierarquização dos princípios da Ordem Econômica da Constituição de 1988. Tal fenômeno acarreta algumas conquências positivas para a Ciência Jurídica, como a redução do decisionismo judicial, uma maior segurança jurídica e maior aproximação aos valores sociais. Quanto mais próximas as normas jurídicas dos valores da sociedade, melhor o exercício da Ciência Jurídica como instrumento de pacificação social.
13. Quanto à aplicação, a colisão de princípios de mesmo grau é solucionada pela ponderação dos valores envolvidos segundo as circunstâncias fáticas e possibilidades jurídicas do caso concreto. A ponderação não pode ser utilizada, como tem sido, para exonerar o magistrado do dever de confrontação substancial dos argumentos aplicáveis ao caso. Não basta dizer que em razão das circunstâncias fáticas apresentadas deve prevalecer este princípio em detrimento de outro. Neste espectro, a fundamentação consistente é essencial na busca de uma solução justa.
14. De outro lado, a colisão entre princípios da Ordem Econômica de diferentes graus, exigiria uma aproximação da solução hierárquica para o conflito de regras. Não se quer afirmar com isto que os princípios estariam sujeitos à regra do tudo ou nada, mas sim, que o grau de otimização dos princípios pertencentes a extratos diversos estaria orientado, *a priori*, em favor do princípio de primeiro grau. Haveria uma tendência à aplicação dos princípios de segundo grau direcionada pelo eixo valorativo dos princípios de primeiro grau.
15. A Justiça Social e a Existência Digna, que são apontadas como finalidades da Ordem Econômica, seriam metanormas, guias da aplicação das normas constitucionais vinculadas à Economia. Naturalmente, elas aproximam-se da ideia de Postulado Normativo Aplicativo, ou seja, o modo de aplicação do

dever ser, estabelecendo a estrutura de subsunção dos fatos às demais normas, princípios e regras. Enquadram-se no plano das normas de segundo grau, conduzindo à aplicação, inclusive, dos princípios de primeiro grau.

16. Foram identificados três princípios de primeiro grau da Ordem Econômica constitucional brasileira: a Soberania Econômica, a Valorização do Trabalho Humano e a Liberdade de Iniciativa Econômica.
17. A Soberania, aqui estudada no seu viés econômico, apesar de prevista no primeiro inciso do artigo inaugural da Ordem Econômica, foi destacada como princípio de primeiro grau em razão de previsão expressa como fundamento da República no primeiro artigo da Constituição brasileira. O estudo adequado da Soberania Econômica deve ser centrado na perspectiva das relações de comércio exterior, no contexto da Globalização.
18. A Valorização do Trabalho Humano, inserta na Ordem Econômica, vincula a atuação do Estado no Domínio Econômico sob a ótica da melhoria das condições de vida e, logicamente, de trabalho daqueles que são essenciais ao regular exercício da atividade empresarial. O trabalho humano, por mais tecnologicamente avançado que esteja o mundo, é indissociável do regular desenvolvimento promovido pela atividade econômica organizada.
19. A Liberdade de Iniciativa Econômica não pode ser colocada como contraponto ao Trabalho Humano, pois existe uma dependência recíproca e intrínseca ao Sistema Capitalista de Produção. Além disso, o princípio da vedação ao retrocesso social, por si só, impediria qualquer flexibilização dos direitos conquistados pelo trabalhador. O que não significa a impossibilidade de afastamento temporário de prerrogativas trabalhistas em face de ofensa substancial à Liberdade de Iniciativa Econômica.
20. Ao longo da história da humanidade, diversos movimentos tiveram como escopo a afirmação e a defesa da liberdade. Destacando-se após a Segunda

Guerra Mundial, esses movimentos podem ser vistos de maneira universalizante, reconhecendo o princípio da Liberdade como um verdadeiro limite ao Estado perante os indivíduos. A liberdade é a própria existência do sujeito e não o arbítrio ou o capricho momentâneo: radica na mais íntima estrutura da existência. É evidente que a liberdade não se refere tanto aos atos e às volições particulares, como ao projeto fundamental em que eles se encontram compreendidos.

21. Decorrência do Liberalismo Econômico, a Livre Iniciativa defende estar o homem agindo no interesse de todos. A Economia fundar-se-ia em leis naturais inexoráveis à ela, vedando-se, ao máximo, a intervenção Estatal, impondo-se limitações à atuação deste como forma de impedir o seu agigantamento, bem como de impedir sua intervenção na esfera privada dos indivíduos, no que diz respeito à ação, escolha e iniciativa destes.
22. Constatou-se, a partir de uma análise histórica, que a livre iniciativa encontra-se umbilicalmente ligada ao Liberalismo econômico como expressão máxima do Capitalismo, diametralmente oposta ao controle estatal dos meios de produção que configura-se na idéia central do sistema socialista.
23. A doutrina constitucionalista, equivocadamente utiliza a Livre Iniciativa para abranger diversas outras liberdades, como a liberdade de associação, liberdade de profissão, liberdade para contratar, dentre outras, fugindo do conceito historicamente construído para o termo.
24. A Livre Iniciativa está diretamente relacionada com a antiga Liberdade de Comércio e Indústria, que foi abandonada em razão da derrocada da Teoria dos Atos de Comércio e a sua substituição pela Teoria da Empresa, estando nominada atualmente como Liberdade de Empresa ou Liberdade Empresarial.

25. Concluiu-se que a acepção de Livre Iniciativa deve se limitar ao direito de irrestrita entrada no mercado pelos agentes econômicos particulares, que conjuntamente com o direito de permanência destes agentes no mercado, representado pela Liberdade de Concorrência, formam um gênero identificado por Liberdade de Iniciativa Econômica.
26. Com a constatação de que a Livre Iniciativa e a Liberdade de Concorrência decorrem da Liberdade de Iniciativa Econômica, a segunda foi elevada à condição de princípio de primeiro grau, mesmo localizada no inciso IV do artigo 170 da CF. Assim, a Liberdade de Iniciativa Econômica não é espécie de Livre Iniciativa. Em verdade, o inverso demonstrou-se adequado.
27. A Livre Iniciativa é a possibilidade real de acesso ao Mercado. É o estabelecimento de condições mínimas para que o interessado em empreender não encontre obstáculos intransponíveis. Como demonstrado, não é uma liberdade ampla e irrestrita, mas é composta pela faculdade de explorar uma atividade empresarial lícita e regular e não se sujeitar a qualquer restrição estatal excessiva. Esta, por sua vez, é entendida como um impedimento insuperável para o seu exercício.
28. De outro plano, a Liberdade de Concorrência é a perspectiva concreta de manter-se no Mercado, desde que exercendo uma atividade de modo eficiente. É a faculdade de conquistar a clientela através de meios idôneos, a proibição de utilização de instrumentos de detenção da concorrência, a prerrogativa de neutralidade do Estado em face da Concorrência Leal e intervenção do mesmo em face da concorrência desleal.
29. Não é possível conceber a liberdade de ingresso no Mercado sem a liberdade de nele se manter. A possibilidade de ingresso sem o direito a manutenção é vazia de sentido. A possibilidade de manter-se sem a possibilidade de entrada é inútil. Daí, pode-se inferir que a Livre Iniciativa não

subsiste sem a Liberdade de Concorrência, bem como a recíproca é verdadeira.

30. A Liberdade de Iniciativa Econômica é oponível ao Estado e ao próprio Mercado. Oponível ao Estado em face da Intervenção excessiva na Economia, quando da intervenção direta (Estado enquanto agente econômico – art. 173, CF) ou indireta (Incentivo ou regulação da Economia – art. 174, CF). Oponível ao Mercado em face das modalidades de abuso do poder econômico, tendentes ao Monopólio, Cartel e demais práticas anticoncorrenciais.
31. O planejamento econômico contempla a regulação e o incentivo. Estes não subsistem sem o planejamento, pois determina um fim a ser alcançado. O papel do planejamento é definir os marcos regulatórios e as políticas de incentivo. Sem planejamento, a regulação pode configurar mera arbitrariedade e o incentivo, dispêndio infrutífero.
32. A proteção à Liberdade de Iniciativa Econômica pode ser promovida em diferentes esferas. Na hipótese de intervenção excessiva do Estado, o âmbito de proteção é o Poder Judiciário. Se a ofensa decorre de abuso de poder econômico, tanto a esfera administrativa, quanto a judicial servem a este fim. Entretanto, se o abuso de poder econômico decorrer de práticas anticoncorrenciais no comércio exterior, ampliado pelo processo de Globalização da Economia, o Estado é obrigado a atuar, impedindo tais condutas.
33. A ofensa substancial ao Princípio da Liberdade de Iniciativa Econômica só ocorre com a inviabilização do exercício da atividade empresarial. O fator determinante para o exercício da atividade econômica organizada é o lucro. A atribuição de elevado custo a um produto ou serviço não é suficiente para obstruir o exercício desta atividade. Demonstrou-se que o eventual impedimento insuperável ao exercício da empresa não se confunde com a proporcionalidade em sentido estrito. Uma intervenção do Estado pode ser desproporcional e não ofender a Liberdade de Iniciativa Econômica.

34. A Globalização é uma consequência do anseio de busca de novos mercados pelo Capitalismo. A vitória do Capitalismo sobre o Socialismo decorreu da maior capacidade de socialização do primeiro em face da menor capacidade de capitalização deste. Não é correto afirmar a existência de qualquer destes sistemas de produção em sua forma pura.
35. A Liberdade de Iniciativa Econômica e a Soberania Econômica repercutem na proteção intentada pelo Estado contra o abuso de poder econômico praticado por empresários estrangeiros. Não se pode confundir Soberania Política com Soberania Econômica, esta última foi relativizada a partir dos efeitos acarretados pela Globalização. A proteção da Soberania Econômica não pode servir de justificativa para proteger exageradamente determinado ramo da atividade empresarial brasileira, pois resulta na manutenção de eventual ineficiência desta atividade.
36. A Eficiência Econômica e Social deve pautar a Intervenção do Estado na Economia. São dois os fundamentos de aplicação da Eficiência Econômica e Social à intervenção do Estado na Economia. O primeiro fundamento é metajurídico e decorre da necessidade de atuação do Estado orientado por parâmetros confiáveis e que tragam benefícios para todos. O segundo fundamento é jurídico e decorre da previsão constitucional da proporcionalidade. A proporcionalidade em sentido estrito exige o balizamento entre a dimensão de realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos, o que se aproxima intimamente a Eficiência Econômica e Social.
37. Não se deve confundir Eficiência do Mercado com Eficiência da Intervenção do Estado. O foco desta pesquisa é a segunda. A atuação estatal no domínio econômico deve ser realizada através do duplo teste da Eficiência: Econômica e Social. A intervenção orientada apenas por uma delas não é adequada. No caso de Eficiência Econômica sem a Social, não há justificativa para a Intervenção, em razão da ausência de vinculação aos ditames da Justiça Social. No caso de Eficiência Social sem a Econômica, o custo vai onerar o Estado inviabilizando o desenvolvimento.

38. Em caso de conflito inevitável entre a Eficácia Social e a Eficiência Econômica, deve prevalecer a primeira, em razão do postulado da Justiça Social do art. 170 da CF. Em caso de conflito entre a Eficiência Econômica e Social e a Liberdade de Iniciativa Econômica, deve prevalecer esta última. A proteção à Liberdade de Iniciativa Econômica é pressuposto da aplicação da Eficiência Econômica e Social posto que não seria possível a utilização desta sem a existência precedente de uma atividade econômica, justificando-se, assim, a sua prevalência. Eventuais prejuízos decorrentes do afastamento da Eficiência seriam pontuais e poderiam ser contornados por sua aplicação em outro momento histórico-temporal.
39. Em caso de práticas anticoncorrenciais no comércio exterior, o Estado deve intervir para proteger o empresário brasileiro enquanto durar o abuso do poder econômico e buscar meios de coibir a prática. Em caso de ineficiência da atividade empresarial brasileira face a estrangeira, o Estado deve promover uma proteção temporária e incentivar o aperfeiçoamento da exploração desta atividade.
40. Assim, esta tese propôs, dentre outras, três importantes contribuições originais: a hierarquização dos princípios da Ordem Econômica, com o reconhecimento da existência de princípios de primeiro e segundo grau; a redefinição do conceito de Liberdade de Iniciativa Econômica, com a reafirmação do conteúdo semântico histórico da Livre Iniciativa, embasada na moderna Teoria da Empresa, culminando com a verificação do caráter de gênero da primeira e espécie da segunda; a Eficiência Econômica e Social como elemento de controle da Intervenção do Estado no domínio econômico, no contexto da Globalização, a partir da análise integrada entre Direito e Economia.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5 ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

ARAÚJO, Luís Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 375..

ASQUINI, Alberto. *Profili dell'impresa*, in **Rivista Del Diritto Commerciale**, Milão, 1943, vol. 41, 1ª parte, nº 11 e 12.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARBIERI FILHO, Carlo. **Disciplina jurídica da concorrência**: abuso do poder econômico. São Paulo: Resenha Tributária, 1984. p. 119.

BARROSO, Luis Roberto. **A crise econômica e o direito constitucional**. In: Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Distrito Federal, n. 12. out./dez. 1993.

_____. **A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle dos preços**. Revista de Direito Administrativo. v. 226. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2 ed. Saraiva, São Paulo, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário e outros temas contemporâneos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BENTHAM, Jeremy; MILL, Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação; Sistema de lógica dedutiva e indutiva**. São Paulo: Nova Cultural, 1989.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**: Uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: **Isaiah Berlin: Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2005.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**, Livro I, Capítulo VIII, p. 179

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CABRAL, J. Bernado. A intervenção do Estado no domínio econômico: breve enfoque da época dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. In: **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites: Homenagem ao professor Ney Prado**. Coord. Ives Gandra da Silva Martins Filho e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 2011.

CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. vol 2. Paris: Editora Paz e Terra, 2000.

CHÂTELE, François. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. **Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações**. São Paulo:LTR, 1998. p. 39.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste brasileiro: comentários à lei 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

CORRÊA, Oscar Dias. **A constituição de 1967: contribuição crítica**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

_____. **A Constituição de 1988**: contribuição crítica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 222.

COSTA, Larissa Maria Lima. Globalização, soberania e direito: reflexões sobre direito e política. In: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de (Org.). **Direito e política: anais do II congresso brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Massachusetts: Harvard University Press.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

EVENETT, Simon J. **Trade tensions mount**: the 10th GTA report. London: CEPR, 2011.

FAMA, Eugene Francis. **Random Walks in Stock Market Prices**. Financial Analysts Journal, v. 51, n. 1, p. 75-80, 1995.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Constituição de 1988**: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1990.

FIGUEIREDO, Marcelo. **As agências reguladoras: o Estado Democrático de Direito no Brasil e sua atividade normativa**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FURTADO, Celso. **Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico**. 10 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffré, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 8 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneihler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Tradução e revisão Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

_____. The meaning of welfare state. In: **The welfare state reader**. Edited by Francis G. Castles and Christopher Pierson. Cambridge: Polity Press. 2000.

HOBBS, Thomas. **Leviatan ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

ISRAEL, Jean-Jacques. **Direito das liberdades fundamentais**. São Paulo: Manole, 2005.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4 ed. Martins Fontes, São Paulo, 1995.

LINHARES, José Manuel Aroso; ROSA, Alexandre Moraes. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009.

LOCKE, John. **Ensaio Sobre A Verdadeira Origem Extensão e Fim do Governo Civil**. Lisboa: Edições 70, 1999.

JURAN, Joseph Moses. **Juran's quality control handbook**. 4. ed. New York: McGraw, Inc, 1988.

MAIA, Douglas. **Paradigmas da análise econômica do Direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira**. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Marília, Marília, 2007.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARINHO, Josaphat. Constituição, desenvolvimento e modernidade. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**: Senado Federal, ano 34, n.135, jul-set. 1997.

MERCURO, Steven; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2 ed. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

MILL, John Stuart. **Da Liberdade**. São Paulo: IBRASA, 1963.

NUNES, Antonio Luiz. **Liberdade, norma, consciência, existência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PINTO, Marília Muricy Machado. **Intrepretação e Senso Comum**. 2006. 148 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP, São Paulo, 2006.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 7 ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles e Pedro Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011

_____. **Para além do direito**. Tradução de Evandro Ferreira Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RAPOSO NETO, Jaime. **A teoria da liberdade: período de 1820 a 1823**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1976.

REALE, Miguel. Invariantes axiológicas. **Estudos Avançados**. 1991, vol.5, n.13.

REZEK, Francisco. A ética da Ordem Econômica na Constituição do Brasil. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro (coord.). **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites**. São Paulo: LTr, 2011.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito: uma introdução**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social: Ensaio sobre a origem das línguas**. 4 ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

_____. **Discours sur l'origine de l'inégalité, Œuvres complètes**, vol. III, Paris: Gallimard, 1966.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANDRONI, Paulo. **Novíssimo dicionário de economia**. 2 ed. São Paulo: Best Seller, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Processos da globalização, **in** Santos, Boaventura de Sousa (org.), **Globalização: fatalidade ou utopia?** . Porto: Edições Afrontamento, 2001.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional**. São Paulo: *Lumen Juris*, 2006.

SCHOLLER, Heinrich. Constituição e globalização: a transição do estado social da economia planificada para uma economia de mercado, **in: Direitos Fundamentais Sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motlla; revisão técnica Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Consitucional Positivo**. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional Econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Método, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 798, 2002.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. **Defesa da concorrência no Mercosul: acordos entre empresas, abuso de posição dominante e concentrações.** São Paulo:LTR, 1998. p. 39.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre a sua natureza e suas causas.** Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

STIGLITZ, Joseph Eugene. **A globalização e seus malefícios: a promessa não-cumprida de benefícios globais.** São Paulo: Futura, 2002.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Método, 2003.

TAVARES, Maria da Conceição. **A transformação Social como Eixo do Desenvolvimento.** Folha de S. Paulo, 18 de outubro de 2001.

THORSTENSEN, Vera. **A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre investimentos e concorrência.** *Rev. bras. polít. int.* [online]. 1998, vol.41, n.1.

VAZ, Isabel. A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites. In: **A intervenção do Estado no domínio econômico: condições e limites : Homenagem ao professor Ney Prado.** Coord. Ives Gandra da Silva Martins Fiho e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Direito econômico da concorrência.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WILLIANSO, Oliver E. **The economic institutions of capitalism.** São Paulo: Réplica Books, 2008.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia.** 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.