



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Ivo José dos Santos Neto

Regulação estatal no Estado Democrático de Direito

TRABALHO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Brasília

2013

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

Ivo José dos Santos Neto

Regulação estatal no Estado Democrático de Direito

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade de Brasília como exigência parcial para obtenção do diploma de graduação em Direito sob a orientação do Prof. Doutor Marthius Sávio C. Lobato.

TRABALHO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Brasília

2013

Ivo José dos Santos Neto

Regulação estatal no Estado Democrático de Direito

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Universidade de Brasília como exigência parcial para obtenção do diploma de graduação em Direito sob a orientação do Prof. Doutor Marthius Sávio C. Lobato.

BANCA

Prof. Doutor Marthius Sávio Cavalcante Lobato

Prof.Doutor Othon de Azevedo Lopes

Prof. Mestre Thais Maria Riedel de Resende Zuba

Brasília

2013

Agradecimentos

Agradeço aos meus pais,
minha paciente esposa,
familiares, professores, e à
Universidade de Brasília pela oportunidade.

RESUMO: Diante da atual complexidade das relações econômicas, principalmente com o advento da globalização e crescimento de setores economicamente estratégicos, os mecanismos de Regulação representam um importante instrumento de intervenção estatal no setor econômico. Este trabalho expõe os traços que marcaram o surgimento dos mecanismos à disposição da administração pública para intervir na economia nas diferentes formas de Estado e seu aprimoramento em resposta às transformações sociais. De forma específica, preocupa-se com os reflexos deste paradigma contrapondo sua conveniência e conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito e a tensão com os pressupostos que norteiam a atividade regulatória. São analisadas as interações entre Economia, Política e Direito no ambiente sócio-econômico e, como foco principal, a eficácia dos mecanismos de interface entre o cidadão e a Administração Pública na temática da regulação estatal.

Palavras-chave: Paradigmas de Estado, regulação, princípios, garantias fundamentais, cidadania.

ABSTRACT: Given the current complexity of economic relations, especially with globalization's advent and with the growth of economically strategic sectors, regulatory mechanisms represent an important state-owned "intervention tool" in the economic sector. This following paper exposes the emergence of these mechanisms available to the government to intervene in the economy in different State forms and its improvement in response to social changes. Specifically, it concerned with the consequences of this paradigm contrasting their convenience and compliance with the principles of the Democratic Rule of Law and tension with the assumptions that guides the regulatory activity. It analyzes the interactions between economics, politics and law in the socio-economic ambience and, with main focus, the effectiveness of the interface between the citizen and Public Administration on the subject of state regulation.

Keywords: state, regulation, principles, fundamental guarantees, citizenship

Introdução	7
Capítulo 1 - TEMAS DA ECONOMIA	11
1.Elementos inerentes aos problemas da Economia	11
2.A ciência econômica e seu objeto de estudo	13
3.Metas econômicas.....	15
Capítulo 2 - O DIREITO ECONÔMICO	18
1.O Direito Econômico e a implementação de políticaseconômicas	18
2.Características do Direito Econômico.....	21
3.Direito Econômico e seu arcabouço principiológico	23
3.1 Princípio da Economicidade	24
3.2 Princípio da Eficiência.....	26
Capítulo 3 - MODELOS DE ESTADO E A INTERVENÇÃOESTATAL.....	27
1.O Estado Liberal.....	27
1.1 Críticas à noção de atuação negativa doEstado Liberal.....	30
2. O Estado Social	31
2.1 A primazia pelo bem-estar social	31
2.2 O Estado Social na visão de Keynes: o fim do laissezfaire.....	33
3. O Estado Democrático de Direito e o <i>cidadão emancipado</i>	35
4. Estado de Direito, Princípios e Ordem Econômica	38
5. Ordem econômica constitucional	40
Capítulo 4 - O ESTADO REGULADOR E A TENSÃO PRINCIPOLÓGICA.....	43
1. Conformidade com o modelo de Estado Democráticode Direito	45
Conclusão	56

Introdução

As relações estabelecidas entre os indivíduos, o mercado e o Estado são dotadas de características próprias onde a experiência econômica é elemento essencial para o seu estudo. Esta relação pressupõe certa vulnerabilidade do indivíduo frente aos operadores econômicos bem como a reconhecida dificuldade daqueles para fazer valer seus direitos, seja como consumidores ou como indivíduos possuidores de direitos indisponíveis. Não obstante a existência de um amplo recurso normativo e regulador que informa o amoldamento das relações econômicas no contexto sócio-econômico.

No mesmo passo dos avanços normativos que regulam o setor econômico, também os meios de produção, circulação da riqueza e aprimoramento dos mecanismos econômicos se desenvolveram. Desta forma, em resposta a este incremento de complexidade, como realização do poder regulatório do Estado, o direito tem sido utilizado como ferramenta para consolidação de políticas voltadas para a implementação de projetos que têm como alvo a regulação do setor econômico e a manutenção da Ordem Econômica.

Tal norte reflete diretamente na interseção dos direitos eleitos como fundamentais e dos agentes que operam no setor econômico. Tais direitos se expressam de um lado pelos paradigmas de Estado, com seus pressupostos característicos, ligados à autonomia da vontade e liberdade para auto-regulação do setor econômico. Por outro lado persiste uma forte tendência de especialização dos mecanismos de controle apresentados, por exemplo, pelo Estado Regulador. Difícil é estabelecer os limites para a ação diretiva do Estado respeitando-se os limites legais que garantem os direitos, por exemplo, à livre concorrência, ajuste de preços, liberdade para contratar e a autonomia do indivíduo.

Num ambiente econômico altamente especializado e complexo, a tradução destes preceitos não podem se afastar das garantias constitucionais. Também como não é razoável, a coexistência de sistemas normatizadores que, em última estância tomem sentidos opostos quando, ao mesmo passo que garantem direitos, os reduzam indiscriminadamente em prol de uma estabilidade economicamente desejável.

A questão principal a ser debatida neste trabalho se revela no reconhecimento dos limites da intervenção, a ser exercida pelo Estado no setor econômico, frente aos

princípios que informam os diferentes modelos de Estado. Diante deste quadro, não é raro que o Estado adote as mais variadas formas de controle, no exercício regular de um direito regulatório, que, muitas vezes, levam a questionamento por parte dos operadores do setor econômico sobre a legalidade das mesmas.

Mesmo não havendo regras claras o bastante em nosso ordenamento para que se discipline tais práticas, como ocorre com outras matérias em direito especializado, recorre-se a regras e princípios gerais que serão aplicados a cada caso. Neste contexto, busca-se, na Carta Constitucional, fundamentos para intervenção do Estado na esfera econômica do indivíduo e dos agentes econômicos. No mesmo diploma, encontraremos elencados direitos e garantias que potencializam o poder decisório do indivíduo, ao mesmo passo que reafirmam os ideais liberais.

Desta forma, a delimitação do tema situa-se no campo do Direito Econômico, com foco nas relações sócio-econômicas, na perspectiva dos sujeitos individual e empresarial. Estabelecido, como parâmetro, a perspectiva de estudo das possibilidades e repercussões do exercício do poder regulatório do Estado dentro dos limites determinados por uma matriz principiológica característica de cada paradigma de Estado.

Na busca desta realização, deseja-se trabalhar a partir de três ramos do conhecimento humano, qual sejam Direito, Economia e Política. Na mesma linha, será desenvolvido um viés interdisciplinar, ao passo que o tema também será analisado sob a ótica dualista do Direito Econômico, em sua vertente individual e mercadológica, bem como o amparo do Direito Constitucional na avaliação da incidência principiológica atinente ao foco de estudo.

O objetivo geral da pesquisa é oferecer uma resposta ao problema da delimitação do poder de intervenção do Estado frente aos paradigmas de Estado e suas transformações. Vale dizer, será analisado em que perspectiva os princípios são interpretados enquanto pressupostos para a validação da intervenção estatal no setor econômico.

Será avaliada a incidência principiológica relevante para intervenção estatal no Estado Liberal e Estado Social. No mesmo sentido, impulsionado pelo o aumento da complexidade do setor econômico e com a necessidade de resposta estatal para harmonizar as relações sócio-econômicas, com vistas à manutenção da equivalência de

forças e dos ideais de garantias constitucionais, finalmente será revista, a tensão de princípios entre o Estado Democrático de Direito e o Estado Regulador.

Na busca pela comprovação das hipóteses, serão apresentados elementos com o objetivo específico de identificar as origens históricas do poder regulatório, o desenvolvimento das relações econômicas e seu aprimoramento por meio de instrumentos normatizadores. Será avaliada a atuação dos agentes econômicos, a forma como se apresentam os fenômenos de interação com o poder estatal e como esta intervenção afeta o desenvolvimento de suas atividades.

Serão contextualizados os limites constitucionais traduzidos pela incidência principiológica da proteção dos pressupostos dos modelos de Estado no ambiente econômico. Avaliando a influência das variáveis sociais, políticas e econômicas que atuam como vetores para o desencadeamento das ações regulatórias do Estado e as possibilidades de validação do direito à intervenção, fundada na defesa de dito *setor estratégico*.

Buscarei reunir fundamentos que comprovem a tese de que é imprescindível a atuação estatal, em sua vertente regulatória e normatizadora para o amoldamento do setor econômico. Ou seja, mesmo num Estado Democrático de Direito, é conveniente que co-exista um Estado Regulador.

Neste contexto, a idéia é correlacionar as medidas intervencionistas do Estado com o efeito na experiência econômica, tanto dos indivíduos, como dos entes econômicos, por meio da abordagem fornecida pelos teóricos confrontada com o ordenamento jurídico. Onde seja possível identificar regras e princípios que forneçam parâmetros para a avaliação da atuação do Estado. Tentarei então, distinguir os meios eficazes de intervenção em confronto com os riscos que esta ingerência pode trazer, frente à tensão com as garantias fundamentais.

Nesta construção teórica, também haverá espaço para a exposição de outras correntes que contribuam para a discussão, bem como a apreensão de conceitos da Economia e uma abordagem principiológica das várias formas de organização e diretrizes políticas. Assim, pontos de vista doutrinários e multidisciplinares serão considerados e arranjos de forma a ajudar na construção do debate sob a perspectiva da organização do setor econômico, bem como sua interação com o Direito e a política.

Para a determinação de um ponto de partida ao estudo do Direito Econômico, cumpre estabelecer intersecções entre os teóricos que estudam as relações entre sujeitos no ambiente econômico e seus reflexos relativamente aos princípios que resguardam a manutenção de uma política de Estado.

Da mesma forma, será necessário conceituar institutos jurídicos e elementos da Economia para melhor compreensão do tema. No Capítulo 1, serão apresentados conceitos econômicos como bem-estar, escassez e alocação de recursos, Economia prescritiva e economia descritiva.

No Capítulo 2, são abordados temas de Direito Econômico. Suas características, elementos principais, princípios, dimensão da autonomia do Direito Econômico e a problematização entre Direito, Política e Economia.

A abordagem dos modelos de Estado se encontra no Capítulo 3. Nele são apresentados o Estado Liberal, Estado Social e o Estado Democrático de Direito. Suas características, princípios, e estabelecimento dos papéis de cliente, consumidor e cidadão emancipado, concorrência entre direitos, a propriedade, os contratos e a Divisão dos Poderes.

Quanto ao Estado Regulador, objeto de estudo do Capítulo 4, serão analisados o discurso jurídico e burocrático, a judicização, burocratização e monetarização das relações jurídicas; o Direito como meio, utilidades compensatórias, limitação das escolhas, redução da experiência econômica e prejuízo ao exercício da autonomia.

Na discussão sobre a conveniência de um Estado Regulador, frente a adoção de um regime Democrático de Direito julgo ter encontrado o melhor ambiente para a discussão da importância do estabelecimento de uma matriz principiológica para o enfrentamento da questão principal que motiva este trabalho. Neste tema, serão discutidos os pressupostos que informam a necessidade da adoção de uma matriz principiológica para o entendimento do que seria, por fim, os fundamentos que legitimam a intervenção estatal, em termos de regulação, e seus reflexos na manutenção das garantias fundamentais.

CAPÍTULO 1 - TEMAS DA ECONOMIA

1. Elementos inerentes aos *problemas* da Economia

Para o entendimento da dimensão da relação da Economia com o Direito, bem como o uso que a ciência jurídica faz dos conceitos econômicos, importa a definição de conceitos da Economia Clássica, bem como a utilidade destes institutos para a compreensão da forma de atuação do Estado no setor econômico.

A Economia é uma ciência do campo de conhecimento social que utiliza-se de métodos próprios para estudar fenômenos sociais que se relacionam com a produção, distribuição, e consumo de bens e serviços. Num aspecto mais amplo, para Alfred MARSHALL “a Economia é o estudo da humanidade em sua vida rotineira”¹, e se mantém como definição atual até os dias de hoje, nos dizeres de Gregory MANKIW.

A ciência econômica estuda o comportamento humano sob uma perspectiva resultante da relação entre as necessidades dos homens e os recursos disponíveis para satisfazê-las². Logo, liga-se intimamente à Política e ao Direito, na medida em que se propõe a apresentar soluções para os problemas que resultam destas relações. A afirmativa é corroborada por MANKIW ao afirmar que, se a política for bem planejada e conduzida, pode-se tornar a alocação de recursos mais eficiente e, assim, aumentar o bem-estar econômico.

O autor completa seu pensamento sobre a conceituação de economia afirmando:

A Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos. Na maioria das sociedades os recursos são alocados não por um único planejador central, mas pelos atos combinados de milhões de famílias e empresas. Assim sendo, os economistas estudam como as pessoas tomam decisões: o quanto trabalham, o que compram, quanto poupam e como investem suas economias.³

Da mesma forma, a Economia busca entender as regras de funcionamento que organizam os sistemas econômicos e as relações daí dependentes. Neste sentido, ganha

¹ MANKIW, N. GREGORY. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2005.

² NUSDEO acrescenta: “O conceito de Economia decorre de duas simples observações da vida cotidiana: por um lado, as necessidades humanas tendem a se multiplicar indefinidamente; por outro, os recursos para o seu atendimento são rigorosamente limitados e finitos – numa palavra: escassos.

³ MANKIW, Op. Cit., p. 4.

importância a forma de interação entre os agentes econômicos e, em certo sentido, as formas de atuação estatal neste setor⁴.

Sob uma perspectiva moderna do conceito de economia, destaca-se o pensamento de Lionel ROBBINS:

A economia é a ciência que estuda as formas de comportamento humano resultantes da relação existente entre as ilimitadas necessidades a satisfazer e os recursos que, embora escassos, se prestam a usos alternativos.⁵

Utilizando-se dos mesmos elementos que estruturam e sistematizam a conceituação de ROBBINS, elementos conceituais da sistematização são revelados pela consideração da escassez de meios, a possibilidade de fins alternativos, poder de escolha e alocação dos recursos.

Raymond BARRE contribui refinando a definição:

A economia é a ciência voltada para a administração dos escassos recursos das sociedades humanas: ela estuda as formas assumidas pelo comportamento humano na disposição onerosa do mundo exterior, decorrente da tensão entre desejos ilimitáveis e meios limitados.⁶

É problema relevante para a ciência econômica a análise dos problemas econômicos que se revelam no planejamento de que produzir, de que forma e em que medida. Neste aspecto, se mostram importantes as diretrizes políticas para o cumprimento destas metas e garantir desenvolvimento sob uma plataforma economicamente estável. A busca destes objetivos e a forma como serão operacionalizados é que delimitam o âmbito de estudo da Economia. A credenciação como ciência fonte de institutos que sofisticam o entendimento da relação entre Política e Direito ao fornecer dados que fundamentam as escolhas e legitimam as opções políticas fundadas em realizações no campo estratégico representado pelo setor econômico.

O gerenciamento dos recursos de que a sociedade dispõe é importante porque estes não são infinitos, são, em geral, escassos⁷. E este é um problema que preocupa os economistas. Para estes, a escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e,

⁴ Identifica-se a função estabilizadora como a que corresponde ao manejo da política econômica para tentar garantir o máximo de emprego, crescimento econômico, com estabilidade de preços. GREMAUD, (2011, p. 176).

⁵ RAMOS (1993, p. 102).

⁶ BARRE (1978, p. 38)

⁷ No mesmo sentido, Fábio NUSDEO: “ Ao oposto do que ocorre com as necessidades humanas, os recursos com que conta a humanidade para satisfazê-las, apresentam-se finitos e severamente limitados”.(2001, p. 25)

portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Exemplifica Gregory MANKIW:

Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspirem.⁸

Segundo Fábio NUSDEO, a lei da escassez é uma linha incontornável e, sua administração, leva o homem a se organizar para atenuar o quanto possível sua severidade. O autor entende que a escassez seria um conceito relativo. Um produto qualquer, mesmo sem ter alterada a sua disponibilidade física, poderia se tornar mais ou menos escasso em função da extensão da necessidade que lhe cabe atender. Esta disponibilidade pode então variar ao longo do tempo, segundo maior ou menor procura.

2. A ciência econômica e seu objeto de estudo

Como foi dito anteriormente, a ciência econômica⁹ busca a *maximização do bem-estar, a satisfação de necessidades e o atendimento de interesses do indivíduo*. A satisfação dos interesses se revelam pela produção de mais bens e distribuindo-os de forma maximizada, possibilitando a ampliação da produção, potencializando-a. Assim, a economia otimiza o emprego de recursos e suas possibilidades de produção e incremento das atividades utilizando-se também dos avanços tecnológicos.

O consumo e crescimento se encontram em tensão, representando um problema atual, porque o consumo implica em dispêndio imediato, enquanto crescimento é um processo mais lento, que dependerá de recursos que possam financiar a produção.

Igualmente, a economia trabalha com o conceito de sociedade especializada, que deve se basear em trocas por meio do dinheiro. Isto porque, nas economias de trocas, ao afastar a subsistência, gera a especialização que retribui com vantagens comparativas e de escala, isto porque a circulação da riqueza potencializaria a produção.

⁸MANKIW, (2005, p. 4)

⁹ Em “A Riqueza das Nações” Smith apresentou várias explicações sobre os diferentes caminhos seguidos pelos países. Ele identificou com precisão que o acúmulo de capital, o livre comércio, o papel adequado – porém circunscrito – do governo e uma boa “infra-estruturar institucional” eram os principais estímulos à prosperidade nacional. Ele enfatizou como ainda de maior importância o papel da iniciativa pessoal: O esforço natural de todo indivíduo para melhorar sua própria condição, quando exercido com liberdade e segurança, é um princípio tão poderoso que é capaz de levar a sociedade à riqueza e à prosperidade. A partir daí, vários pensadores formularam novas teorias para explicar as questões econômicas.

Como método de estudo das relações econômicas a economia se divide em dois grandes ramos instrumentais que se dividem em Economia Descritiva e Economia Normativa¹⁰. A face descritiva desta ciência, simplesmente se baseia nos fatos ocorridos e das relações econômicas pré-existentes que determinaram o assentamento de um determinado quadro econômico aferível e passível de análise, sob o prisma dos pressupostos da ciência econômica.

A Economia Normativa, por seu turno, prescreve condutas para o atendimento de metas econômicas desejadas, dentro de um planejamento anterior e que, usualmente, correspondem ao perfilamento de uma doutrina política representada pela possibilidade de escolha estatal.

Sobre as metas econômicas, FOSECA leciona:

O Estado, para atingir seus objetivos promocionais, para levar as empresas a aderirem ao plano e aos programas por ele propostos, se vale de uma técnica nova para garantir o cumprimento da lei. As metas econômicas fixadas pelo Estado são mais eficazmente alcançadas através da imposição de sanções premiais. Aquelas empresas que aderem aos subsídios fiscais, de empréstimos favorecidos, etc.¹¹

A Economia se vale do Direito para conferir legalidade e garantia jurídica ao funcionamento do sistema econômico e à circulação da riqueza. Neste sentido ganha importância a afirmação da liberdade, a igualdade formal e os direitos fundamentais. É o que assevera Fábio NUSDEO:

Economia e Direito são indissociáveis, pois as relações básicas estabelecidas pela sociedade para o emprego dos recursos escassos são de caráter institucional, vale dizer, jurídico. Por outro lado, as necessidades econômicas influenciam a organização institucional e a feitura das leis. De qualquer maneira, não existe fenômeno econômico não inserido em um nicho institucional..¹²

Com foco no liberalismo, a economia enxergaria o indivíduo como uma maximizador de liberdades com vistas a transacionar seus bens no mercado com visão egoística, maximizando sua própria riqueza, porém, esta liberdade e autonomia exigem coordenação com a sociedade e tem seus limites legalmente determinados.

Dentro desta perspectiva, cabe a análise do Risco Econômico¹³, que confronta a responsabilização humana e o acaso. O risco pressupõe a possibilidade de calcular, por

¹⁰ ROSSETTI (2002, p. 133)

¹¹ FONSECA (1997, p. 27)

¹² NUSDEO (2001, p. 42)

¹³ Segundo as teorias econômicas modernas, risco econômico está vinculado à contingência macroeconômica que atinge os agentes do setor econômico de forma global levando a efeitos danosos,

instrumentos econômicos a possibilidade de ocorrência de eventos danosos. Caberia às autoridades, e o mercado, fazer uma gestão de risco por meio de previsão de recursos para fazer frente a estes infortúnios e assim se guarnecerem, sob pena de danos ao planejamento econômico pré-existente e à projeção de desenvolvimento futuro.

Da mesma forma, a economia se vale do instituto do seguro para garantir o andamento de seus processos e oferecer segurança na operação do setor econômico. Esta postura busca afastar o ocaso e consolidar, por meio de uma medida preventiva, um instrumento que possibilite controlar e amortecer os efeitos de contingências, por vezes, inevitáveis. Com respeito ao seguro, Gregory MANKIW anota:

Uma maneira de lidar com o risco é contratar um seguro. A característica geral dos contratos de seguro é que a pessoa que enfrenta o risco paga uma taxa a uma companhia seguradora que, por sua vez, concorda em aceitar total ou parcialmente o risco.¹⁴

Pela naturalização da sociedade, a economia faz com que as relações sociais tenham preço. Este fenômeno de precificação das interações sociais leva à visão do indivíduo como um calculador de interesses e ampliam a possibilidade de escolhas, ao passo que incrementa sua interação com atores sociais e econômicos. Este aspecto de cálculo matemático, como balizador das condutas, transforma a sociedade em objeto de cálculo, como consequência natural de qualquer aferição de toda ciência natural.

3. Metas econômicas

Importante variável que determina o grau de intervenção estatal no setor econômico, é a busca pela realização de uma política com diretrizes que se voltam para a garantia de crescimento segundo um planejamento estrategicamente estabelecido. Neste sentido, a economia trabalha com conceitos que informam sobre o

independente da atividade que exerce. Para este efeito considera-se tanto as pessoas, as empresas, instituições e o próprio Estado.

¹⁴MANKIW (2005, p. 587)

desempenho do setor econômico ao mesmo passo que oferece parâmetros para a determinação da medida da intervenção estatal.

Tais parâmetros se fundamentam na manutenção do controle de variáveis e de índices econômicos relevantes. Dentre estes elementos, que delimitam as metas econômicas, podemos destacar o equilíbrio de alto nível, a eficiência alocativa¹⁵ e produtiva, a equidade e o crescimento. O *equilíbrio de alto nível* se revela na necessidade de manutenção de um alto nível de emprego capaz de garantir aos trabalhadores condições de aquecer o mercado adquirindo mercadorias. Por outro lado, num panorama de alto índice de desemprego teremos uma redução na demanda, diminuindo as relações de consumo e conseqüentemente levando à retração da indústria de bens e de serviços.

Este é o resultado do fenômeno estudado por GREMAUD, que gera o desemprego cíclico ou conjuntural, que é fruto das condições recessivas na economia. Quando ocorre diminuição na atividade econômica, naturalmente existirá uma diminuição da demanda por trabalho por parte dos empresários. Logo, se não há procura de produtos, a produção diminui e conseqüentemente o lucro também. Quando se fala em *equilíbrio*, nos dizeres de GREMAUD, busca-se, em última análise, a manutenção da relação de emprego¹⁶, demanda e oferta, ao mesmo passo que se mantém sob controle o fenômeno inflacionário.

Igualmente importante como meta econômica é o conceito de eficiência alocativa. Esta pode ser definida como uma contingência mercadológica que se caracteriza pelo fato de os recursos serem distribuídos de forma a maximizar os resultados oriundos de sua utilização.

A eficiência produtiva por sua vez, é definida como a produção de bens e serviços ao menor custo possível. É mensurada pela relação de produção com o custo para atingí-la. Por meio da análise deste instrumento pode-se determinar a viabilidade de se produzir determinado bem e em que quantidade, sempre estabelecendo a razão de

¹⁵“Quanto à função alocativa, tem-se a ação do governo complementando a ação do mercado no que diz respeito à locação de recursos na economia. São diagnosticadas algumas falhas no sistema econômico que o mercado, por si só, não consegue dar conta. As principais falhas de mercado identificadas são a existência de externalidades, as economias de escala e os bens público.” GREMAUD (2011, p. 176)

¹⁶Gremaud faz importante correlação entre desemprego e atividade econômica: “ Ao referir-se a um aumento do desemprego em função de uma diminuição do ritmo da atividade econômica, se está, na verdade, referindo a um tipo específico de desemprego, o desemprego cíclico”. Gremaud (2011, p.89)

busca pelo bem num determinado mercado e ainda, o quanto o consumidor estaria disposto a pagar por ele.

Em artigo intitulado *Eficiência versus Equidade*, José Carlos CAVALCANTE discute a questão do financiamento de serviços públicos e revela a importância de tais conceitos. Para o autor, a eficiência econômica é ponto chave para o desenvolvimento da teoria econômica.

Isto se revelaria pelo fato de que se constitui num critério básico para a escolha entre o direcionamento dos recursos no sistema econômico. Isto significa que o mercado estaria tentando maximizar o emprego dos recursos ao mesmo tempo que se esforça para diminuir o custo de produção. A teoria econômica informa que a eficiência máxima tem como condição necessária que os preços guardem relação com seu custo marginal, que representem o custo de unidades adicionais do produto.

Constante nas definições do relatório sobre o desenvolvimento brasileiro realizado pelo IPEA e pelas Nações Unidas, o conceito de equidade para a ciência econômica é entendido como um componente essencial do desenvolvimento humano, abstrai-se que as pessoas devem ter igualdade de acesso às oportunidades a fim de se beneficiar dos frutos e das oportunidades criadas pelo processo de crescimento econômico.

Porém, frente às desigualdades sociais, a equidade depende da eliminação de barreiras que impedem as pessoas de ter acesso às oportunidades e aos benefícios gerados pelo crescimento¹⁷. Para Gregory MANKIW, equidade seria a propriedade de distribuir a prosperidade econômica de maneira justa entre os membros da sociedade. MANKIW (2005, p. 831).

O crescimento econômico, cujo mais expressivo indicativo é o Produto Interno Bruto – PIB, que exprime a soma dos bens produzidos em um determinado país em um período de tempo tomado como faixa para a análise do desempenho do setor econômico, é uma das metas econômicas mais desejadas.

A indicação de taxa positiva de PIB aponta crescimento, enquanto uma taxa negativa, inevitavelmente representa recessão, na medida em que o parâmetro de comparação é a variação, negativa ou positiva, entre o desempenho do setor econômico em exercícios sucessivos.

¹⁷ GREMAUD (2011, p. 77)

GREMAUD lembra que, em termos de desenvolvimento econômico e de estabilidade, o crescimento é uma meta desejável para que se promova um quadro propício ao investimento¹⁸. Cita o autor que, para Keynes, a forma como isso pode ser alcançado é pela intervenção estatal via política econômica¹⁹.

CAPÍTULO 2- O DIREITO ECONÔMICO

1. O Direito Econômico e a implementação de políticas econômicas

Como todo ramo jurídico especializado, a sistematização dos princípios e a conjugação das normas que disciplinam determinado ramo do Direito se mostram como pontos importantes para sua compreensão. Com o Direito Econômico não é diferente.

Quando se volta os olhos para o objeto de estudo do fenômeno econômico, tem-se uma visão dos elementos que serão utilizados para a conceituação deste direito. Consagradamente, como o faz a Economia, são eleitos como conceitos importantes para a composição desta definição as variantes que informam a produção de bens e serviços, o compartilhamento e distribuição destes produtos com fins de consumo, os recursos e sua locação e ainda as opções políticas que perfazem estes objetivos.

Por este motivo, Fábio Konder COMPARATO concluiu que o Direito econômico surge como o conjunto de técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica²⁰.

De posse destes elementos, do âmbito de desenvolvimento da Economia Política, podemos iniciar a conceituação de Direito Econômico, segundo a conjugação dos mesmos. José Nabantino RAMOS conceitua o Direito Econômico:

O Direito Econômico é o conjunto sistemático de princípios e normas que disciplinam: a) a produção de bens e serviços; b) a partilha dos benefícios desse trabalho; c) o consumo das utilidades produzidas; e d) os meios necessários à consecução desses objetivos - para realizar; e) determinada política econômica.²¹

¹⁸ Idem, p. 168

¹⁹ Esta relação é melhor explorada na exposição das formas de intervenção estatal na economia que faz parte do capítulo 3.

²⁰ COMPARATO, F. Konder. "O indispensável direito econômico"- Rev. dos Tribunais, Vol. 353, p. 20.

²¹ RAMOS (1977, p. 92)

Assim, tem-se o instituto como sendo o método teórico para o estudo dos fenômenos econômicos com repercussão jurídica considerando para a delimitação de seu objeto os processos de produção, distribuição e circulação dos bens e serviços, no mesmo passo que assenta as normas jurídicas que disciplinam o processo econômico.

A respeito da negação do Direito Econômico como instrumento e sua aceitação como método, aponta NUSDEO:

A verdadeira vocação e origem mesma dessa disciplina são de caráter eminentemente metodológico, o qual consiste precisamente em se utilizar de todo o conhecimento quanto à mecânica funcional dos sistemas econômicos, inclusive do seu direcionamento pelas normas de política econômica, e na análise e interpretação do Direito, sem esquecer-se da influência dos grupos de pressão sobre elas.²²

Também se aproxima deste conceito, os instrumentos utilizados pelo Estado para a busca da satisfação das diretrizes traçadas para o setor econômico e a implementação de sua Política Econômica.

FONSECA leciona que, para a realização de um projeto político, o conceito de ideologia ganha relevância. Principalmente quando se estuda a relação entre Direito e Economia, no sentido de implantação de uma política econômica²³. Resumindo o pensamento de Ronald Coase, SADDI e PINHEIRO acrescentam:

A política econômica nada mais é do que a escolha de regras e procedimentos legais e estruturas administrativas com o objetivo de maximizar o bem-estar social. Para Coase, a política econômica consiste na escolha entre instituições sociais alternativas, e estas são criadas por lei ou dela dependem.²⁴

Cabe ressaltar que o Direito Econômico não é novo ramo do Direito, apenas tem a vocação para tender a apontar outro enfoque a ramos clássicos para estudar o fenômeno econômico. Assim, pode-se dizer que o Direito econômico não tem um lugar fixo no ordenamento jurídico, como os demais ramos do Direito, eis que, por sua complexidade e grande difusão, não pode ser delimitado como matéria independente

Assim, utiliza-se das disciplinas tradicionais para realizar um sincretismo principiológico com vista a uma utilidade funcional, política e teleológica; voltada para ser objeto circulado por todos os ramos do Direito.

Sobre a interação entre atuação estatal e Direito Econômico, Fábio Konder COMPARATO ressalta que o Estado utiliza-se deste “conjunto de técnicas jurídicas”

²² NUSDEO (2001, p. 206)

²³ FONSECA (1997, p. 21)

²⁴ PINHEIRO, SADDI (2005, p. 12)

para a realização de sua política econômica²⁵. Vale dizer que, por meio do Direito Econômico, o poder político busca conduzir o processo econômico por meio da produção legal com vistas a fazer valer um plano de metas direcionadas para satisfação do interesse comum.

Ao estudar o sentido das normas coercitivas de Direito Econômico, CARVALHOSA ensina que:

A intervenção legislativa do poder público, no âmbito específico do Direito Econômico, traduz-se por um complexo de normas através das quais, limitando, sob diversas formas, a autonomia das entidades econômicas, visa ao Estado imprimir uma direção racional correspondente ao seu programa sócio-econômico.²⁶

Esta vocação faz reconhecer a delimitação de um conjunto de princípios jurídicos que informam e dispõem, no âmbito do Direito Público, aquilo que rege a política e suas possibilidades de conjugação de elementos econômicos, o que a orienta para a realização de seus projetos.

Estes projetos pressupõem, de alguma forma, a limitação da autonomia dos agentes econômicos no sentido de que, ao imprimir normas coercitivas no âmbito do Direito Econômico, o Estado direciona o comportamento de um setor de forma que corresponda fundamentalmente à realização de um programa de cunho social e econômico. Sustenta esta afirmação o conceito que MODESTO CARVALHOSA atribui ao Direito Econômico:

[...] conjunto de normas que, com um conteúdo de economicidade vincula as entidades econômicas, privadas e públicas, aos fins constitucionais cometidos à ordem econômica, conciliando, ademais, os conflitos de interesses entre esses fins e os objetivos próprios e naturais das entidades econômicas privadas na condução das suas disponibilidades de dispêndio, investimentos e empreendimentos, objetivos estes assegurados pelo princípio constitucional da livre iniciativa.²⁷

Igual pensamento compartilha NUSDEO:

Trata-se de um ramo sui generis, ou seja, tem uma particularidade toda dele, que deriva do fato de as suas normas, em grande número de casos, estarem inseridas formalmente em outros ramos jurídicos, marcando-os porém com o seu caráter específico de normas instrumentais de política econômica. É o caso de normas sobre reajustes de aluguéis, que incidem sobre uma relação típica de Direito Civil, como é a alocação de prédios.²⁸

²⁵COMPARATO, F. Konder. "O indispensável direito econômico"- Rev. dos Tribunais, Vol. 353, p. 22.

²⁶CARVALHOSA (1973, p. 62)

²⁷CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1973, p.298.

²⁸ NUSDEO (2001, p. 205)

Nesta caracterização, o autor busca salientar a especificidade do conjunto de normas que tem a nítida pretensão de moldar o comportamento dos entes destinatários, o que o torna um instrumento político para a realização da intervenção estatal.

2. Características do Direito Econômico

Ponto primordial para o entendimento da dimensão da atuação estatal no setor econômico, o Direito Econômico, com seu aparato instrumental, se revela importante trunfo para a legitimação da atuação intervencionista.

Com este objetivo, importa lembrar o contexto social de surgimento do Direito Econômico. Bem como o caminho percorrido para seu aprimoramento e construção teórica de seus pressupostos. Estes elementos o fez reconhecido como ferramenta para o estudo da opção política do Estado, no que tange ao setor econômico e sua regulação e, conseqüentemente, as possíveis limitações que estas opções políticas possam enfrentar diante do ordenamento constitucionalizado²⁹.

O Direito Econômico é considerado ramo especializado do Direito Público com surgimento recente, no sentido que sua afirmação prática apenas se assentou após o Estado Social, modelo de estado onde foi marcante a necessidade de implementação de políticas econômicas com o objetivo de realização de um ideal baseado nas premissas do bem-estar social e no desenvolvimento de um projeto voltado para a satisfação do indivíduo.

De outro lado, é considerado Direito *singular* porque se mostra como corte transversal de outros ramos do Direito e com estes se comunica por meio da utilização de seus institutos e de seus preceitos. Assim, estrutura seu campo de atuação segundo os pressupostos que informam a prática jurídica voltada para o estudo das relações entre Política e Economia e seus reflexos nas relações jurídicas dos sujeitos.

Neste sentido, NUSDEO aponta, citando FINZI, que:

O Direito econômico é como um *toglio trasversale*, isto é, um corte transversal na árvore do Direito, como que seccionando os seus vários ramos para matizá-los como um colorido diverso, uma marca especial que antes não ostentavam. Ele é, assim, um ramo intromissor com relação aos demais, mas

²⁹ O aspecto da legitimidade da ação estatal diante dos limites constitucionais serão abordados no ítem 4.5 do Capítulo 3.

não estranho à árvore, porque sai diretamente do tronco constitucional, precisamente da chamada constituição econômica.³⁰

Certamente, uma das mais relevantes características do Direito econômico é a necessidade de adaptação a novos cenários, sejam políticos, sociais ou meramente econômicos. Seria então mutável e maleável na medida em que adapta às mudanças nas relações econômicas e à dinâmica de mercado, sendo necessário acompanhar as novas exigências mercadológicas. A exemplo do que acontece hoje com o fenômeno da globalização.

Invariavelmente, também exigirão do Estado, e do Direito, amoldamentos que respondam à altura no tocante à necessidade de um aparato normativo e fiscalizatório cada vez mais sofisticado e em consonância com o desenvolvimento do setor econômico.

FONSECA reforça esta afirmativa, caracterizando o fenômeno como mobilidade do Direito Econômico:

Ao conduzir a atividade econômica, O Estado está tratando com um fenômeno que se caracteriza pela constante evolução, pela contínua mobilidade. Uma medida de política econômica, por se endereçar a fatos concretos e, por isso mesmo, isolados, não consegue nunca gerar uma situação de satisfação generalizada. Os setores que, alcançados por aquela medida, se sentirem prejudicados, lançarão seus brados provocadores de mudança. E o Estados deverá certamente procurar adotar novas medidas no intuito de alcançar o equilíbrio.³¹

Esta afirmação ganha ainda mais importância com o advento da globalização e aperfeiçoamento das operações financeiras, e ainda do aumento na rapidez e eficácia das relações mercadológicas entre diversos atores.

Assevera esta afirmativa os ensinamentos de GREMAUD:

O período recente é caracterizado por uma série de transformações tanto na economia mundial como nas economias nacionais. De forma geral, essas modificações estão relacionadas ao processo denominado de globalização, que se manifesta em diferentes aspectos: comercial, produtivo, financeiro e institucional. Essa nova fase tem levado a profundas readaptações nas estruturas econômicas nacionais, com destaque para uma ampla valorização do mercado, uma preocupação crescente com a competitividade, e uma menor participação do Estado, configurando-se a volta do chamado liberalismo econômico.³²

³⁰ NUSDEO (2001, p. 205)

³¹ FONSECA (1997, p.27)

³² GREMAUD (2011,p. 511)

Fruto da forte relação de interferência entre Direito e Política, podemos apontar a característica de possível, e quase sempre facilmente aferível, intersecção entre os valores políticos defendidos pela corrente ideológica dominante, com relação ao poder político de ditar os rumos da economia de uma nação.

Em certa medida também está sujeito à influência de valores políticos por se basear, por vezes, em escolhas. Como o que ocorre quando se opta por maior ou menor regulação de um setor. O que, em última instância, também representa uma forma de ingerência no comportamento do setor econômico e um instrumento para balizar o desenvolvimento segundo uma opção política antecedente.

Fenômeno semelhante é observado quando se constata, ao longo de um certo período de permanência de uma corrente frente a pastas estratégicas, o alinhamento da produção normativa segundo as opções ideológicas e partidárias de determinados grupos politicamente organizados.

3. O Direito Econômico e seu arcabouço principiológico

Antes da abordagem propriamente dita dos princípios em que se apóia o Direito Econômico, é importante algumas considerações a respeito da mitigação do princípio da generalidade da Lei.

O princípio que reveste a Lei de generalidade na sua gênese decorre de sua concepção como concretização dos princípios racionais. Por meio destes, objetiva-se proteger o cidadão tanto do poder absoluto do legislador, como também contra o arbítrio e autoritarismo estatal. A generalidade da lei é consequência da crença na racionalidade do universo e do homem, de forma que este princípio tem uma raiz ideológica na necessidade de se defender o cidadão e se corporificou nos textos constitucionais do século XIX.³³

Sobre o tema, FONSECA salientou:

A partir do momento em que o Estado se propõe a adotar atitudes concretas de direção do fenômeno econômico, não é mais possível aceitar irrestritamente o princípio da generalidade da lei. No contexto de um liberalismo econômico puro, poder-se-ia falar de generalidade da lei, porque assumia uma figura abstrata de garantia das liberdades do indivíduo, ficando

³³ Sua origem pode ser constatada no texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e sua inserção no preâmbulo da Constituição francesa de 1791.

a este o encargo concreto de dirigir o fenômeno econômico através de um instrumental adequado para tratar com o caso particular.³⁴

O autor completa seu pensamento dispondo que, se o fenômeno jurídico está direcionado para a ordem, para a consecução de um equilíbrio na convivência humana e, por isso, voltado para a unidade abstrata e geral, o fenômeno econômico se comporta como uma força centrífuga e desagregadora, provocadora de choques, de dissociação e de desequilíbrio na sociedade e então, voltada para diversidade concreta e individual.³⁵

Desta forma, o instrumental que era utilizado pelos indivíduos para conduzir o fenômeno econômico passou a ser adotado pelo Estado para o mesmo fim. Por esta via, segundo FONSECA, as normas jurídicas fugiriam ao parâmetro de generalidade e de abstração adotado pelo liberalismo político e econômico para adotar características de concretude e de individualidade.³⁶

Os autores alinhados com este pensamento costumam se referir a este fenômeno jurídico como o declínio das fontes tradicionais de Direito ou em declínio da lei. Isto porque, para atender e direcionar o fenômeno econômico, vale-se o Estado de uma legislação econômica e consistente em portarias, circulares, resoluções e decretos.

Diante deste declínio do princípio da generalidade da lei, o Direito Econômico buscou se apoiar em outro eixo principiológico que o legitima-se. Assim, tem-se como pilares deste novo eixo, os princípios da economicidade e o princípio da eficiência.

3.1 Princípio da Economicidade

O Estado, ao dirigir ou promover a atividade econômica, tem finalidades diferentes daquelas objetivadas pela ação efetivada pelo indivíduo. Este procura sempre obter o maior lucro possível, consistente em reunir a maior quantidade possível de bens, para alcançar o seu bem-estar pessoal. O Estado deve colocar em primeiro plano a vantagem coletiva, condição e ambiente para a realização do bem-estar individual.

³⁴ FONSECA (1997, p. 25.)

³⁵ Idem, p. 26.

³⁶ FONSECA (1997, p.26)

Esta afirmação, nos dizeres de FONSECA, leva a um questionamento: “o que é melhor, a maior quantidade de bens ou a maior qualidade de vida? Em que medida a qualidade deve compatibilizar-se com a quantidade?”³⁷

O autor utiliza-se destas perguntas para contextualizar o conceito segundo o pensamento de Jonh Stuart Mill, qual colocou o problema dos interesses e de seu fomento no âmbito do Estado e no questionamento da intervenção estatal. Para FONSECA, dentro da concepção liberal, cabe ao indivíduo formular uma opinião exata e mais inteligente de seus próprios interesses e dos meios para fomentá-los. Aceitaria, portanto, o princípio da Maior Felicidade.

Por este raciocínio, o princípio da economicidade, estaria ligado ao fato de que o homem procura atingir a satisfação de suas necessidades através da menor quantidade possível de esforço e sacrifício. Este seria o princípio que acompanha o homem, e deveria também acompanhar o Estado, na busca da realização dos objetivos sociais.³⁸

A economicidade pressupõe que a administração tenha como norte a adoção de soluções que se aproximem dos conceitos de conveniência e eficiência com relação aos recursos disponíveis. De certa forma, podemos afirmar que o princípio da economicidade se relaciona com o da eficiência na medida em que aquele o expressa o segundo quantitativamente.

Para Paulo Soares BUGARIN, o princípio da economicidade:

[...] trata da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos, patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. [...] Por alocação ótima entende-se aquela que propicia se alcançar o máximo resultado econômico da alocação de bens e/ou serviços, ou seja, permite o alcance da máxima eficiência econômica.³⁹

Sobre o tema conclui FONSECA:

Nas escolhas, estarão sempre presentes os critérios da quantidade e da qualidade, de cujo confronto resultará o ato a ser praticado. As ações econômicas não podem tender, a nível social, somente à obtenção da maior quantidade possível de bens, mas à melhor qualidade de vida.⁴⁰

O princípio da economicidade seria então, o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer

³⁷ FONSECA (1997, p. 33).

³⁸ Idem, p. 34.

³⁹BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

⁴⁰ FONSECA (1997, p.35)

constantemente, de forma que o resultado final seja sempre mais vantajoso que os custos envolvidos.

3.2 Princípio da Eficiência

Princípio igualmente importante para o Direito Econômico, a eficiência é um dos principais condicionantes em que o Estado deve pautar-se ao implantar determinada política econômica.

Doutrinariamente, aponta-se três planos a serem observados com relação a este intento e que irá definir os contornos em que este princípio se define. FONSECA os identifica pelo fato de que o próprio Estado exerce uma atividade econômica, dentro do âmbito de permissão ou de imposição constitucional. Em segundo, pelo dever de estimular ou favorecer ou ainda, planejar a atividade econômica. Por fim, no plano que concerne à postura normativa da atividade econômica.

O mesmo princípio, a exemplo do que representa para o Direito Econômico, também caracteriza a atividade empresarial, uma vez que o seu sucesso e crescimento, deve estar também alinhado com a idéia de eficiência. Assim, podemos dizer que o princípio da eficiência impõe à Administração que atue de forma a produzir resultados favoráveis à consecução dos fins que cabem ao Estado alcançar. Paulo Modesto ensina que:

[...] o princípio da eficiência pode ser percebido também como uma exigência inerente a toda atividade pública. Se entendermos a atividade de gestão pública como atividade necessariamente racional e instrumental, voltada a servir o público, na justa ponderação das necessidades coletivas, temos de admitir como inadmissível juridicamente o comportamento administrativo negligente, contra-produtivo, ineficiente.⁴¹

POSNER assim teria definido a eficiência:

Utilização dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo, através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens.⁴²

FONSECA condensa o pensamento de Richard Posner afirmando que a economia instituída de uma escala de valores, a qual impregna-se de valores fixados pela política,

⁴¹MODESTO (2001).

⁴² Idem, p. 37

pela moral e pelo direito. Para POSNER, o fundamento dessa escala de valores é a eficiência. Diz ainda, que um dos sentidos de justiça é exatamente o de eficiência, visto queo homem é um maximizador racional de seus fins e da satisfação de seus interesses.

CAPÍTULO 3 - MODELOS DE ESTADO E A INTERVENÇÃO ESTATAL

1. Estado Liberal

O Estado Liberal é contemporâneo ao Estado de Direito, surgindo na passagem do Estado Absolutista e sua migração para as idéias liberais, com fulcro no movimento denominado liberalismo, movimento que tomou como objetivo defender a liberdade, quer no plano político quer no econômico, transformando um movimento de idéias em ideologia. FOSECA (1997) aponta que esta defesa se processou no plano formal, independente da consideração da situação real que envolve os indivíduos.

O mesmo autor, sobre o pensamento que sustentou o liberalismo, acrescenta:

Do ponto de vista econômico, a doutrina que veio enfatizar essa corrente de pensamento foi a de Adam Smith. Para ele, o equilíbrio econômico sobreviveria numa sociedade onde se permitisse que as coisas seguissem o seu curso natural, onde houvesse liberdade perfeita e onde cada homem fosse totalmente livre para escolher a ocupação que quisesse e de mudá-la sempre que lhe aprouvesse.⁴³

Neste contexto surgem as Constituições, a normatização e a positivação dos direitos individuais. CAIO TÁCITO assinala o surgimento do Estado Liberal:

O Estado Liberal nasce sob o signo de liberdade do cidadão. Limitando o poder absoluto do Estado, afirma os direitos individuais e políticos. A ordem econômica se fundamenta no princípio da liberdade de iniciativa e de comércio, assegurando o florescimento da burguesia e a disseminação do regime capitalista. A ação do Estado visa a facilitar e garantir o livre jogo dos negócios, tendo como base jurídica a autonomia da vontade, em que se apóia a liberdade de contrato e de associação.⁴⁴

⁴³ FONSECA (1997, p. 63)

⁴⁴ TÁCITO, Caio. Do Estado Liberal ao Estado do Bem-estar Social, in Temas de Direito Público. V. 1 Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 377.

Neste momento é que ocorre uma inversão na ordem de importância entre os Códigos e as Constituições. Para o liberal, os códigos são mais importantes porque é neles que ocorre a garantia dos direitos individuais, como exprimi, por exemplo, o Código Civil. É o ambiente onde se tem as regras para o exercício dos direitos então conquistados como a propriedade e a própria autonomia contratual.

O direito se identifica e se consolida com a instituição das leis, sendo igualmente importante que o Estado se submeta às mesmas, devendo-lhe obediência. É a denominada *autorização legal*. Neste sentido, o Direito Público admite que o que não está permitido pela Lei seria então proibido. Por outro ângulo, para o Direito Privado, aquilo que não está proibido é, portanto, permitido.

Estes preceitos geram uma zona de neutralidade que permite uma mensagem no sentido de que surge uma possibilidade de escolha para o indivíduo, cabendo ao Estado garantir sua realização ao proteger, normativamente, esta zona de neutralidade.

Seguindo o mesmo raciocínio, para as normas de Direito Civil, prevaleceriam as normas dispositivas, as quais podem ser afastadas pela vontade das partes. Neste contexto, ocorre uma confluência entre Direito Privado, Direito Civil e Comercial.

Na síntese do Estado Liberal os indivíduos possuem autonomia para a tomada de decisão sobre o aspecto econômico de suas relações, aprimorando sua experiência social como indivíduo livre que este modelo promove.

Segundo as perspectivas do Estado Liberal, cabe ao ente estatal a garantia dos direitos fundamentais, sobre a letra da segurança da garantia de propriedade, a liberdade contratual e a livre iniciativa. Vale lembrar que, neste modelo de Estado, o poder de decisão de agentes privados não descaracteriza a possibilidade de atuação da autoridade para limitar direitos e, eventualmente conceder benefícios.

Sobre o tema FONSECA leciona:

A lei, como atuação do Estado, deve garantir a liberdade da pessoa humana e deve limitar a atuação do próprio Estado, de tal sorte a garantir o desenvolvimento natural do homem em todas as suas atividades. donde os três grandes princípios da liberdade, o princípio da legalidade e o princípio da igualdade.⁴⁵

Resta a distinção, no seio do Estado Liberal, da atividade política e da atividade econômica. Enquanto a atividade política é desempenhada pelo Estado com vistas à

⁴⁵ FONSECA (1997, p. 63)

realização do seu projeto sócio-econômico, a atividade econômica, propriamente dita, depende exclusivamente da livre iniciativa dos particulares, e com vistas à realização dos interesses destes.

Esta correlação só é possível pela adoção da perspectiva da existência da idéia de funcionamento de um mercado auto-regulável e que, por meio do auto-interesse, o mercado se incumbiria da realização das interações econômicas e dos processos que tipificam as atividades do setor.

Esta auto-regulação e confiança de que o setor econômico se incumbiria de garantir a harmonização das interações econômicas, seria acompanhada de uma reação positiva do mercado que estabilizassem as expectativas empresariais, bem como um aprimoramento negocial que provesse o crescimento com oportunidades iguais.

Neste sentido, a intervenção do Estado se daria principalmente pelo Poder de Polícia – por meio da intervenção econômica negativa ou pelo dirigismo econômico negativo. Isto porque, para o Estado Liberal, o crescimento econômico seria matéria privada.

Apesar de um ambiente favorável para a expansão econômica, este processo não se desenvolveu de forma tão natural. Com o surgimento dos monopólios, no âmbito do Estado Liberal, colocou-se em xeque a autoridade estatal, e por via de consequência, a estabilidade do próprio sistema.

Como resposta esperada, o Estado amparou-se para intervir positivamente na concorrência. Uma vez que não era objeto de controle, pelo Estado, o porte das empresas e as possibilidades de articulação financeira entre as mesmas. Esta última seria a concorrência perfeita, amparada na livre iniciativa e na ausência de controle estatal sobre os rumos estratégicos das empresas.

Retomando o saber da ciência econômica, oferta e demanda representa uma relação naturalizada, com viés determinista, na medida em que se auto-regula. É, portanto, regida pelas leis deterministas. Isto se mostra, por óbvio, um desafio para a ética, o Direito e a Política. O determinismo não se curva a julgamentos éticos, políticos ou mesmo legalistas.

Neste contexto de ambigüidade na auto-regulação do mercado, que gera prejuízos ao setor, na medida em que não favorece seu desenvolvimento de forma plena, o Estado Liberal se limita apenas a atuar garantindo a igualdade e a liberdade individual, com o objetivo de favorecer o bom funcionamento das relações econômicas.

1.1 Críticas à noção de atuação negativa do Estado Liberal

Segundo LOPES, diz-se que o Estado Liberal atua apenas negativamente, porém, o autor ensina que esta afirmação não suporta uma avaliação mais criteriosa.

Segundo este autor:

Em verdade, a simples instituição de um modelo de mercado já exige, por si só, uma estrutura legal mínima, invariavelmente dependente de instituições estatais. Este sistema legal seria o responsável por oferecer garantia jurídica e política para o implemento de um modelo estável e legitimado.⁴⁶

A garantia da manutenção do modelo adotado pressupõe a participação do Estado para assegurar o direito à propriedade na medida em que este é um direito que depende de normatização para ser garantido. Da mesma forma, um aparato estatal é necessário para a garantia do cumprimento dos contratos.

Além dos fundamentos acima elencados, resta frisar a existênciade dependência entre o desenvolvimento da economia e a infra-estrutura proporcionada pelo Estado. Como o que ocorre quando, para possibilitar o crescimento econômico, o Estado investe em portos, ferrovias e malhas rodoviárias para escoamento da produção.

Urge lembrar que, além destes elementos, o desenvolvimento econômico pressupõe proteção das economias internas frente ao comércio externo, por meio das barreiras aduaneiras que são instituídas por meio da intervenção estatal. Logo, conclui-se que o Estado Liberal também é um modelo que, sob uma análise mais pontual, também oferece suporte à economia. Isto ao mesmo tempo que incentiva a busca egoística pela satisfação dos interesses individuais.

Este mesmo posicionamento foi o responsável pela crise do modelo de Estado Liberal, pautado principalmente no acentuamento das diferenças econômicas onde empresas cresceram sem controle algum e favorecem a distinção de classes e elevada concentração de riqueza.

⁴⁶ LOPES (2011)

2. O Estado Social

2.1 O Estado e a primazia pelo bem-estar social

O Estado Social busca proteger o indivíduo das conseqüências da industrialização e seu manifesto viés capitalista em seu mais puro sentido. Neste sentido, se mostra como um modelo de estado cooperativo, no sentido que busca agregar sindicatos, partidos políticos em prol de um projeto socialmente útil.

A principal característica do Estado Social, com relação ao trato dos sujeitos, é sua marcante propensão ao planejamento de políticas compensatórias que visem amenizar as exclusões sociais que foram firmadas pela distinção de classes e pelo favorecimento de condutas egoísticas potencializadas pelo liberalismo econômico.

Com vistas à implementação de um projeto de políticas compensatórias, o Estado Liberal vai progressivamente aumentando sua intervenção com relação às atividades sociais, identificando o indivíduo segundo os papéis de consumidor, trabalhador cliente⁴⁷. Nesta relação, o Estado se mostra provedor de uma série de benefícios que têm por escopo oferecer compensação frente aos reflexos do aumento da complexidade do setor econômico, fruto do avanço tecnológico e do desenvolvimento industrial.

Nos dizeres de LOPES:

Com o advento do Estado Social, o Estado se viu obrigado a efetivar prestações compensatórias para estabilizar os conflitos de classe. Ao Estado como um gerenciador de riscos²⁶² também se imputou a tarefa de absorver os efeitos disfuncionais do mercado. Tudo isso somado ao cuidado de realizar as políticas redistributivas de Estado Social num regime de mercado em que suas bases de relações de propriedade, de receitas e de dependência deveriam preservar-se.⁴⁸

Em busca do bem-estar social, o Estado Social busca hierarquizar o Direito Público e Direito Privado, concedendo supremacia ao primeiro, como premissa para a realização de seu projeto político-social de reintegração do indivíduo.

A respeito desta opção, leciona LOPES:

Observa-se a migração de uma decisão sobre os rumos econômicos do âmbito privado para uma prevalência do interesse público no Estado Social. Busca-se oferecer proteções sociais até mesmo para regular a economia. Busca-se a implementação de planos econômicos, estabelecendo metas e

⁴⁷O Estado Social cristalizou papéis sociais como o de trabalhador, consumidor, cliente das burocracias públicas e de cidadão. LOPES (2011, p.77)

⁴⁸Idem, p. 121.

objetivos para a economia, inclusive criando mercados específicos por meio de órgãos reguladores.⁴⁹

FONSECA, na mesma linha de pensamento, apontou:

O direcionamento do Direito atual altera a perspectiva, para afirmar que a promoção do bem-estar da coletividade, sem afastar a colaboração do indivíduo, levará inarredavelmente à consecução e concretização do bem-estar dos indivíduos integrados na coletividade. Esse entrelaçar-se dos interesses, o dos indivíduos e os da coletividade, conduzidos e promovidos pelo Estado, veio fazer com que se desmoronassem as fronteiras entre o público e o privado.⁵⁰

Esta postura, fortemente interventora do Estado Social, busca permitir prestações positivas do estado compensando a exclusão causada pelo capitalismo. Neste sentido, os Estado cria várias normas de direito para combater estas discrepâncias sociais.

Mesmo preocupado com a autonomia mitigada do indivíduo, o Estado Social necessita de um aparato legal, entre outros, para garantir os contratos, a propriedade, a segurança jurídica. Caracteriza-se, portanto, pela construção de uma zona de neutralidade que atribui ao indivíduo a possibilidade de exercício de sua autonomia de vontade para tomar suas decisões no espaço de vivência econômica.

Como resultado do incremento do aparato estatal utilizado para garantir o implemento de uma política social, o Estado Social acaba por gerar uma hipertrofia do Poder Executivo em busca do atingimento de seus objetivos de realização de um projeto social. LOPES define bem este quadro:

A dinâmica de contato com um poder administrativo-burocrático hipertrofiado, com diversos âmbitos de atuação, acabou por fragmentar a cidadania, retirando sua capacidade crítica. De igual modo, a neutralização da cidadania foi comprada com o preço dos bens e serviços distribuídos pelo Estado Social, tornando aceitável uma participação pouco efetiva.⁵¹

Percebe-se então a criação de um quadro que torna difícil a conjugação dos pressupostos do Estado Democrático de Direito com os do Estado Social. A busca, pelo paradigma do bem-estar social, de formas de compensar a perda de autonomia do cliente, não guarda relação com as garantias fundamentais que encerram os pressupostos democráticos

⁴⁹ LOPES (2013)

⁵⁰ FONSECA (1997, p. 31)

⁵¹ LOPES (2011, p. 74)

Para garantir o sucesso de seu projeto, o Estado Social precisa moldar o modelo de mercado que atenta contra seus propósitos paternalistas, como será visto no próximo tópico.

2.2 o estado social na visão de keynes: o fim do *laissezfaire*

Para Keynes, não necessariamente os interesses privados coincidem com o interesse público, a mão-do-mercado não guarda relação com o atendimento do interesse público. Este quadro pressupõe um racionalismo com evidentes imperfeições reveladas pela incerteza e falta de informação suficiente para o indivíduo mensurar a oferta de bens. Isto leva à limitação do poder de decisão do indivíduo.

O Estado Social prescreve uma economia instável, o que dificulta a tomada de decisão do indivíduo e do empresário, afetando demasiadamente seu planejamento e a implementação de seu projeto de desenvolvimento. Pela teoria desenvolvida por Keynes, estes problemas é que validam a atuação estatal no setor econômico com vistas a diminuir estes descompassos econômicos.

Keynes critica a Teoria Neo-clássica pela desigualdade na distribuição de riquezas gerando problemas para a economia. O Estado então, deve ser o garante do pleno-emprego aumentando o consumo e o garantindo. Esta manutenção da força laboral incrementa a circulação da riqueza e possibilita o prognóstico favorável ao planejamento e intervenção do estado na economia.

Depreende-se, da abordagem de HUNT, que:

Keynes defendia que Estado tinha legitimidade para intervir na economia, para proporcionar bens coletivos à sociedade, como produtor de bens e serviços, como regulador da moeda, intervindo no mercado financeiro para controlar o fluxo da moeda, como comprador, consumidor e agente econômico.⁵²

Igualmente, defendia a teoria do pleno emprego, que se realizaria pelo uso eficaz de todos os fatores de produção. Segundo CONTADOR, a atuação do Estado, na visão de Keynes, estaria assim definida:

A intervenção do Estado na economia era encarada por Keynes como uma necessidade vital para sustentar o próprio sistema liberal político e

⁵² HUNT (2005, p. 397)

econômico. Na sua proposta de programa político, o governo teria de assumir e reforçar funções bem específicas. Isto é bem claro na defesa da intervenção do Estado. Isto por ser o único meio exequível de evitar a destruição total das instituições atuais e como condição de um bem sucedido exercício da iniciativa individual.⁵³

Atualmente no Brasil, há uma interferência alinhada com a teoria keynesiana no tocante à economia. Assim, para fazer frente à desaceleração da economia, busca-se aumentar o consumo com juros baixos, incentivos fiscais, isenções e linhas de financiamento pessoal. De outro lado, o governo optou por privilegiar o aumento dos gastos públicos como forma de instrumentalização de seu projeto de busca pelo pleno-emprego. Este não seria o maior problema, o principal erro é a falta de investimentos necessários para a manutenção do quadro planejado, uma vez que não há recursos suficientes para isto.

Acertadamente, Keynes apontaria este fenômeno como uma ingerência danosa no setor econômico. O teórico crê que não se deve inibir a livre iniciativa, o Estado apenas deve atuar para diminuir as incertezas e buscar aprimorar a economia com vistas ao interesse público. Este é o entendimento demonstrado por LOPES:

A extensão do Estado Social ocorreu sob incômodos limites em que os tributos públicos destinados a tarefas de política social estavam restritos ao funcionamento do mercado e ao seu crescimento. Os tipos de políticas redistributivas deveriam, ainda, adequar-se à forma de uma economia baseada na acumulação de capital. Além do estreitamento vinculado aos problemas sociais, ao Estado se impunha a tarefa de absorver os efeitos disfuncionais do mercado. De outro modo, estaria rompido o equilíbrio de classes ao se porem em risco os grupos sociais privilegiados.⁵⁴

Resta salientar que as obrigações, no Estado Social, são limitadas por normas congêntes de ordem pública com objetivo de inserir os contratos privados no âmbito do interesse público. Fato característico da forte influência do Direito Público no Direito Privado, presente nos pressupostos do Estado Social.

Neste sentido, o viés intervencionista do Estado Social se revela em posicionamentos como o controle cambial, que favorece maior aporte de capital estrangeiro e menor saída de capital nacional. Torna sua moeda exclusiva fazendo-a circular mais no país. Intervém nos contratos de trabalho e nos salários. Atua também nos controles monetários como congelamento de preços, política salarial, índices de inflação e controle do câmbio.

⁵³ CONTADOR (1982, p. 65)

⁵⁴ LOPES (2011, p. 73)

O estado vai organizar a sociedade buscando a melhor distribuição da riqueza. Intervém na assimetria econômica, a exemplo da interferência na relação entre empresas e seus trabalhadores. A propriedade, que no modelo de estado liberal era apenas direito, passa também a ser fonte de deveres, não é apenas função autônoma do indivíduo, agora estão condicionadas ao interesse público.

Ocorre então o que se define como objetivação da propriedade onde esta deixa de ser matéria de simples exercício da vontade do indivíduo e passa a ter uma função social reconhecidamente relevante.

3. Estado Democrático de Direito e o cidadão emancipado

O reconhecimento da importância da cidadania é uma das conquistas mais expressivas desde a instituição dos Estados de Direito. No final do século XX, a importância da cidadania no contexto do desenvolvimento sócio-econômico ganhou ainda mais força. O professor Pedro DEMO reforça este pensamento ao lecionar que o exercício da cidadania emancipada é elemento fundamental para este desenvolvimento. Ressalta o autor que esta emancipação foi resultado do avanço e das lutas pelos direitos humanos e, por conseguinte, pela emancipação do cidadão e dos povos, refletindo um progresso democrático significativo.

O professor faz um alerta no sentido de que, a depender da forma de exercício da cidadania, ela pode ser, ao invés de emancipatória, apenas assistida ou tutelada pelo Estado. Esta dependerá da forma como foi constituída e dos mecanismos que possibilitam seu exercício. Para o autor a cidadania assistida é caracterizada pela pobreza política, mesmo que de forma amenizada e que associada à cidadania tutelada assinala o papel do Estado como de proteção, estabelecendo políticas de cunho assistencialistas que, ao invés de diminuir as desigualdades sociais, apenas as ampliam e legitimam.

Noutro passo, a cidadania emancipada seria aquela entendida como uma construção histórica dos sujeitos sociais, uma conquista através de uma conscientização política que eleva a competência humana de fazer-se sujeito. A emancipação pressupõe a ruptura das duas concepções anteriores, libertando o cidadão dos mecanismos de submissão e manipulação, destruindo com isso a pobreza política presentes na cidadania

tutelada e assistida. Outra característica da cidadania emancipada é a constatação da importância dos atores sociais na elaboração da realidade social.

Nesta concepção apresentada por Pedro DEMO, o exercício da cidadania está ligada à interação dos sujeitos com o Estado e com seus reflexos sócio-econômicos. Logo, quanto mais formas de acesso à participação nas decisões políticas, mais próxima a cidadania fica de sua acepção emancipada, vale dizer, atuação participativa e consciente dos indivíduos.

José Néri da SILVEIRA completa esta lição:

A plenitude da cidadania não se pode, efetivamente, ver realizada, tão só, na asseguuração do exercício de direitos políticos, no participar dos cidadãos na eleição de representantes, ou na possibilidade de merecerem dos demais. Decerto o exercício do direito do voto é dimensão significativa da cidadania, sem a qual não resta espaço, desde logo, a falar-se em convívio democrático. Não é possível, entretanto, alcançar a plenitude da cidadania, sem a garantia da definitiva participação de todos na administração da coisa pública, respeitado o áureo princípio da igualdade, inconciliável com qualquer forma de discriminação com qualquer forma de discriminação por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, e da viabilidade de todos os integrantes da convivência social, e não apenas de alguns, serem sujeitos dos benefícios do desenvolvimento, em suas diversificadas manifestações, da cultura, das conquistas do espírito.⁵⁵

A moderna concepção de Estado Democrático de Direito, que hoje conhecemos, foi forjada durante séculos de evolução e organização social, com o aprimoramento de institutos políticos, sociais e jurídicos.

O fruto deste processo é a junção de pressupostos que perfazem um Estado reconhecidamente protetor das liberdades civis, promoção do respeito aos direitos humanos e zelo pelas garantias fundamentais. Igualmente marcante, neste modelo de Estado, é a subsunção do próprio Estado aos ditames legais, o que leva conclusão que, sob a égide de um Estado de Direito, todos estão sujeitos, invariavelmente ao regramento jurídico, governantes e governados⁵⁶.

As bases do Estado de Direito foram consolidadas no final do século dezanove, com a queda dos estados absolutistas, marcando a transição para um modelo de estado organizado de forma a atender os anseios da classe burguesa. O maior interesse desta nova classe era a limitação do poder dos governantes.

⁵⁵SILVEIRA, (1992,p. 236)

⁵⁶ Neste sentido Hans Kelsen conceituou o Estado como a própria personalização da ordem jurídica onde a lei teria um importante papel na organização social, seria então, o instrumento para que o povo possa se manifestar e que a todos vincula de forma equânime.

Marcando o fim do absolutismo e seu modelo econômico mercantilista, a nova organização social e política acenou com modelos que adotavam a proteção da coletividade e garantia das liberdades individuais, pressupostos que determinavam o desenvolvimento econômico e a organização social que reconheceria os direitos fundamentais de todo homem, embalados pelos conceitos jusnaturalistas. Os principais teóricos deste fenômeno sócio-econômico seriam Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

Na esteira do avanço representado pela Carta de Independência americana, a Revolução Francesa (1789) brindou a humanidade com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, marcando definitivamente o paradigma do estado moderno como o conhecemos atualmente. Desta forma, vislumbramos, no Estado Democrático de Direito, uma concorrência entre direitos típicos do Estado Liberal e do Estado Social, donde se utiliza de direitos e institutos oriundos de ambos e detém o dever de garantia da ordem social para com os particulares.

A atividade social se abre aos fins econômicos em setores básicos com a educação, a saúde e a previdência; incentivando o compartilhamento destes serviços com a iniciativa privada. No mesmo passo, este modelo favoreceu a constitucionalização das relações de poder social vinculadas às estruturas de classes, como a limitação de horário de trabalho, a liberdade de organização sindical e a assistência social.

Num Estado, dito Democrático de Direito, a validade do Direito não pode ser reduzida à validade da competência e dos procedimentos. A legitimação há de ser prioritariamente principiológica, criando uma ponte entre Direito e Moral, para traduzir regras políticas em regrasmorais⁵⁷.

Segundo LOPES, aperfeiçoando a visão clássica dos legados do Estado de Direito, o Estado Democrático interpreta os princípios que o fundamenta sob nova perspectiva. O Direito não poderia ser legitimado apenas pelos critérios positivistas, formais ou procedimentais; como o que ocorre quando se está em contato muito próximo com a moral, por exemplo, envolvendo o Direito Constitucional e o Direito Penal.

⁵⁷ LOPES (2013)

4. Estado de Direito, princípios e ordem econômica

Para melhor entendimento da ordem econômica no Estado Democrático de Direito, com fundamento em princípios informadores, adota-se neste trabalho a teoria de Ronald DWORKIN, que utiliza princípios em oposição às regras. Nas palavras de LOPES:

O eixo central de seu ataque foi a exposição da distinção entre princípios e regras. Para Dworkin, os princípios não podiam ser encaixados nos sistemas positivistas de regras. Os princípios operavam de forma completamente diferente das regras, não podendo, por sua dimensão de peso, submeterem-se às regras de reconhecimento como teste para analisar sua integração ao sistema jurídico.⁵⁸

Assim, temos que os princípios jurídicos se revelam como uma forma de raciocinar que assume significado perante o indivíduo na medida em que transmite a essência de um comando jurídico. O direito, ao mesmo tempo oferece as regras como produto final de um fenômeno normativo, também tem a vocação, e posso dizer, dever de sintetizar um conjunto de princípios que informam a dimensão reflexiva do saber.

Podemos tomar como eixo a afirmação de LOPES:

No universo da regulação há uma sobrecarga de dados e informações e uma pretensão de organizá-los num marco regulatório, que nada mais é que um sistema de regras dispostas a partir de saberes técnico-científicos com clara finalidade de garantir os mercados e seus pressupostos de segurança nos contratos e na propriedade como modo de produzir e disponibilizar utilidades públicas. Os princípios são um claro contraste com toda essa disposição produtiva, formando um canal de comunicação universalizável, mais próximo do cidadão.⁵⁹

Para o Dworkin, as regras serão aplicadas no tudo ou nada. Neste sentido, as regras, ou regem os acontecimentos sociais ou é considerada inválida. Já os princípios atuam de forma complementar, podendo ser utilizados concomitantemente.

Adota-se, na ordem econômica, a noção de que os princípios podem ser analisados como realização de um projeto político, afinados com a diretriz política e seu objetivo, por exemplo, o pleno emprego, logo não são vinculativos.

De outra banda, os princípios, em sentido estrito, possuem viés deontológicos e vinculativos, vale dizer, não são sensíveis às preferências, como ocorre na

⁵⁸ LOPES (2011, p. 17)

⁵⁹ LOPES (2011, p. 21)

fundamentação dos direitos à saúde e na promoção da dignidade humana, os quais não podem ser objeto de escolhas.

Depreende-se desta relação entre princípios, regras e diretrizes políticas; que toda regra apóia e justifica-se em razão de um conjunto de diretrizes políticas, o que, supostamente, favorece e afirma princípios que teoricamente respeita.

Neste sentido, a diretriz política é o tipo de standard que propõe um objetivo que deve ser alcançado, em geral, uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, destacando-se, na sua estrutura, o caráter teleológico. Os princípios, por sua vez, é o tipo de standard a ser observado porque é uma exigência de justiça, de equidade. Constitui diretivas de caráter jurídico que necessita de atividade interpretativa na sua aplicação.

Como salienta LOPES:

(...) a distinção entre regras, princípios e diretrizes políticas, bem como a explanação de sua inter-relação fornece elementos para constituir um canal que permita reposicionar a atividade de produção de regras na Administração, ao referi-la a uma constelação principiológica com alta capacidade integradora e legitimatória.⁶⁰

O autor nos lembra que os princípios eram, então, standards que devem ser observados quando se tem como norte a serem observados como requerimento de justiça e equidade. Como pode ser comprovado nesta passagem:

De um lado, as regras são aplicadas no tudo ou nada, de forma que ou são inválidas ou se constrói uma exceção. De outro, os princípios não determinam isoladamente a decisão, tendo uma dimensão de peso, o que se demonstra com a colisão de princípios em que o de peso maior se sobrepõe ao outro sem perder sua validade.⁶¹

Para DWORKIN, os direitos fundamentais seriam barreiras de fogo para a proteção e diferenciação sistêmica dos indivíduos enquanto classificados como, por exemplo, consumidor, empregado ou empresário.

Desta forma, os direitos fundamentais protegem a redução da vivência econômica do indivíduo à esfera unidimensional pelo setor econômico da sociedade. Os direitos fundamentais criariam uma zona de proteção à autonomia do indivíduo que passa a ter personalidade e ter seus direitos básicos respeitados. São eles que

⁶⁰ LOPES (2011, p.14)

⁶¹ Idem, p, 20.

transformam os indivíduos em fins em si mesmo, e por isso devem ter a possibilidade de escolha assegurada⁶².

Embora protejam os indivíduos, os direitos fundamentais também garantem o acesso aos sistemas sociais como o direito a voto, ao trabalho e ao Poder Judiciário. Da mesma forma, possibilita que disputas sociais gerem consenso a partir da decisão baseada nos direitos fundamentais.

Finalmente, a atenção a estes direitos, afastam o fenômeno da sub-inclusão, que pressupõe a instrumentalização da personalidade pelos sistemas que transformam as pessoas em meio para gerar riqueza e poder. Isto inibe a formação de sua identidade ao prefixarem, de forma exaustiva, os papéis sociais, como ocorre nos regulamentos administrativos e nos contratos de adesão.

5. Ordem econômica constitucional

A concepção autoritária da Administração Pública foi questionada pela doutrina quando se tomou, já no início do século XX, a administração como ator da dinâmica dos fenômenos sócio-econômicos. Com a promulgação da Constituição da República de 1988 observou-se uma mudança mais substancial.

FONSECA aponta que foi a partir da Primeira Guerra Mundial que o conceito de Constituição Econômica tomou impulso, sendo ainda mais desenvolvido e concretizado a partir da crise do capitalismo em 1929, e mais ainda depois da Segunda Guerra. O autor sintetiza:

Se a revolução Francesa e a Independência norte-americana trouxeram em seu bojo os fundamentos filosóficos do constitucionalismo do século XIX, com a ideologia dos direitos do homem e do cidadão, como forma de defesa contra o absolutismo monárquico vigorante até então, as duas grandes guerras e a crise do capitalismo no século XX trouxeram a idéia da

⁶² LOPES (2013)

Constituição econômico, em que se pretende regular as relações econômicas.⁶³

No Brasil, a nova Constituição trouxe novos parâmetros para a constitucionalização de todos os setores do direito, incluindo-se aí, o Direito Econômico. A consagração do Estado Democrático de Direito, pela Carta Magna, impôs a referência ético-política em sua concepção legal e legítima. Assim, impôs a todos os agentes do Estado, a consideração da ordem legal e da ordem legítima para a realização de atos e para a tomada de decisão, espelhados nos valores vigentes na sociedade e expressos no ordenamento jurídico.

A adequação contextual da constituição econômica tem seu quadro no todo da Constituição política, logo, como ensina FONSECA, não pode haver conflito ente os princípios estabelecidos pela Constituição Econômica e a Constituição Política, o autor sintetiza o pensamento de Manuel Afonso VAZ sobre o tema:

A Constituição econômica é, pois, uma parte da Constituição Política e o seu objeto não se confundem com a ordenação total, global e acabada da sociedade. A Constituição econômica não se pode separar da Democracia nem das exigências de um Estado de Direito. A Constituição econômica é, entretanto, um conceito central em qualquer estudo de direito econômico, que não, propriamente, da Constituição. Concluindo, diremos que não é a expressão Constituição Econômica que, de per si, se torna sujeita a certos reparos, mas sim o enfoque ideológico que se lhe queira referir. De resto, a expressão, em si mesma, fornece-nos até um quadro terminológico simples para significar os princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política.⁶⁴

A Constituição Federal estabelece no Art. 170 que a Ordem Econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, vale dizer a busca do bem comum.

FONSECA marca a passagem representada pela Carta de 1988:

O rompimento com o período político anterior propiciou a formação de uma ideologia marcada pela contraposição aos fundamentos informadores do constitucionalismo anterior, nos campos econômicos e social. Pode-se afirmar que louve acentuada ênfase no aspecto social, quer sob o aspecto de se dar uma configuração de alto relevo ao cidadão.⁶⁵

⁶³ FONSECA (1997, p. 53)

⁶⁴ FONSECA (1997, p. 55)

⁶⁵ FONSECA (1997, p. 84)

É de grande importância, analisar a intervenção estatal sob o prisma da identificação dos princípios que informam a organização das normas constitucionais. Neste sentido, a Ordem Econômica constitucionalmente estruturada na Constituição Federal de 1988 elegeu a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como dois princípios elementares como condicionantes para o desenvolvimento da atividade econômica. Não por outro motivo, decisões judiciais sobre excesso na regulação de certa atividade ou mesmo a omissão estatal em outras, normalmente remetem ao desrespeito a estes princípios basilares.

Acentuando esse aspecto, Fábio Konder COMPARATO:

A Constituição, com efeito, declara que a ordem econômica deve assentar-se, conjuntamente, na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano. E assinala que o objetivo global e último dessa ordenação consiste em 'assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social' (art. 170, caput). É em função desse objetivo último de realização da justiça social que devem ser compreendidos e harmonizados os demais princípios expressos no art. 170, a par da livre concorrência, a saber, especificamente, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional e de pequeno porte. A cogitação de uma regulação meramente econômica (além de refletir previamente vinculação com uma idéia liberal de que o mercado é um espaço próprio, separado da sociedade) não se sustenta à luz do referencial mais elementar do direito positivo brasileiro.⁶⁶

O que se busca nesta aferição é verificar se os pressupostos constitucionais, em seu conjunto, estão sendo respeitados frente a uma ação intervencionista, segundo as diretrizes constitucionalmente estabelecidas. Como foi visto, a ingerência estatal deverá, obrigatoriamente, se alinhar com os princípios que delineiam a ordem econômica priorizando a livre iniciativa e os valores atinentes ao trabalho humano.

Igualmente, o princípio de proteção da propriedade privada possui previsão normativa e se coaduna com os outros pressupostos que norteiam a organização da Ordem Econômica. Ao mesmo passo que não pode ser exercido com fins egoísticos, devendo cumprir uma função de dimensão social, o que se conecta com princípios ligados à dignidade humana.

⁶⁶ COMPARATO (1996, p. 102)

Da mesma forma, a livre concorrência além de princípio fundamental do ordenamento econômico, também serve de base para o sistema capitalista. Por este princípio assenta a idéia de que é assegurado a todos os indivíduos a oportunidade atuar economicamente, com equiparação de oportunidades e com direito a usufruir do resultado de seus empreendimentos.

Igualmente, são constitucionalmente consagrados os esforços, por meio do livre exercício da atividade econômica com vistas ao desenvolvimento da nação, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego.

Assim, pela análise dos pressupostos constitucionais que informam a ordem econômica, percebe-se que os princípios que norteiam esta atividade são, por conclusão, princípios que se relacionam com os direitos fundamentais, principalmente os de propriedade e liberdade. Da mesma forma, estão ali encerrados os fundamentos da República, como soberania, dignidade e valorização do trabalho. Ao mesmo passo, reafirmam os objetivos da República ao passo que busca promover a justiça social e a redução das desigualdades sociais.

4. O ESTADO REGULADOR E A TENSÃO PRINCIPIOLÓGICA

O reconhecimento, por discursos jurídicos e burocráticos, dos riscos da *existência* num contexto sócio-econômico, tem como preço a intervenção estatal na esfera de domínio que caberia somente ao indivíduo enquanto determinante para o incremento de sua vivência econômica e no exercício de sua autonomia enquanto cidadão.

Na esteira das lições de LOPES, como resultado do estabelecimento de um panorama complexo, quanto às interações entre o setor econômico, a Política e o Direito; constata-se o fenômeno que prescreve a juridicização, burocratização e monetarização das relações sociais. Neste sentido, a economia e o Estado, utilizam o Direito como meio de validação de suas pretensões, tornando estas relações cada vez

mais complexas e especializadas principalmente frente à produção normativa objetivando a regulação.

Com efeito, o Direito Administrativo, e por consequência o Direito Econômico no Brasil, apresenta-se como ramo do direito público mais afeito ao princípio de autoridade, traduzido em conceitos como o da imperatividade e supremacia do interesse público. Com isso, isolou-se dos demais ramos do Direito, solidificando uma postura essencialmente autoritária. Conforme concluiu em sua tese Tatiana Pollo FLORES.⁶⁷

Não por outro motivo, percebe-se um aumento na produção normativa, por iniciativa própria do Estado, com vistas à obtenção de utilidades compensatórias e que estabeleçam a realização de uma política econômica focada no estabelecimento de um quadro afinado com uma diretriz política pretérita.

Neste novo panorama, a experiência econômica do indivíduo passa a ser reduzida às limitações das escolhas, por meio dos imperativos da política e da burocracia. Isto se afirma pela existência de um Estado que chama para si, o poder de ditar as regras, que regularam as relações econômicas com a exclusão da participação cidadã.

Isto se apresenta como um grande problema para o Estado Democrático de Direito porque, mesmo sendo um procedimento necessário para a harmonização do setor econômico, a forma de limitá-lo é, de fato, um desafio para modelos democráticos.

Esta intervenção acentuada pressupõe uma crise de legalidade, como a descrita por Habermas, porque as normas passam a ser produzidas por órgãos administrativos altamente especializados em regulação. Este quadro afasta a normatização do âmbito de domínio do indivíduo, o qual não possui a dimensão da gênese da legalidade das normas que regem um determinado setor regulado.

FLORES contextualiza esta posição:

Habermas propõe, com base nesta constatação, um alargamento dos mecanismos de participação da sociedade nas tomadas de decisões institucionais, mediante o exercício de um diálogo racional dentro de um espaço público fortalecido, essencialmente politizado. Aos tradicionais instrumentos de participação direta da sociedade, juntam-se aqueles inaugurados pela nova postura administrativa, eminentemente consensualista e reguladora, consubstanciados nas leis instituidoras das agências reguladoras: o debate público, a coleta de opinião, a audiência pública, o colegiado misto etc.⁶⁸

⁶⁷FLORES, Tatiana Pollo (2003, p. 83)

⁶⁸ FLORES (2003, p. 85)

O Estado Regulador, que se especializa normativamente neste sentido, acaba por ferir o exercício da autonomia do cidadão, impondo a este, limites para seu poder de escolha, justamente por não dominar as regras que regem estas relações. LOPES exprime bem esta idéia:

Com o fenômeno regulatório, o direito confronta-se com uma crescente necessidade de produção de decisões e normalização vazadas em regras, para atender necessidades técnicas contingentes que fragilizam os âmbitos de vivência regidos pela linguagem natural e de relações baseadas em papéis sociais indiferenciados e emancipadores.⁶⁹

O Estado justifica tal procedimento pelo estabelecimento de um cenário econômico formado pela existência de mercados monopolizados, oligopolizados e outros, onde se realizam competições. Então, o Direito teria o papel de permitir que o poder político e a burocracia estatal controlem o poder econômico e as conseqüências de seu abuso por meio da produção normativa com fins regulatórios.

1. CONFORMIDADE COM O MODELO DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Num Estado Democrático de Direito a prevalência do princípio da legalidade está ligada à satisfação de interesses sociais previstas em lei. Além do alvo principal, qual seja a ordem social a segurança e a saúde pública; o setor econômico também passou a ser visado pelo poder de polícia. E esta intervenção se dá principalmente por meio da regulação. Percebe-se que a busca pela conciliação de interesses marca o texto Constitucional, e esta noção é importante para compreensão do contexto em que se desenvolve a construção normativa regulamentadora, a exemplo do que ocorre com o processo de instauração das agências reguladoras.

⁶⁹ LOPES (2011, p. 225)

Segundo LOPES, o vocábulo regulação traz dentro de si uma tensão entre esses sentidos que remetem a uma relação entre sistema político-burocrático, economia, direito, ciência e técnica. A atividade regulatória seria então, uma intersecção destas abordagens, o que exige um eixo de condutas que se alinhem com os princípios jurídicos que informem a medida ideal de regulação que preserve sua legitimidade.

Completando o raciocínio LOPES aponta que:

Se a linguagem especializada da ciência e da técnica jurídica distancia os cidadãos do direito, principalmente vinculada a um sistema de regras, os princípios jurídicos, pela sua proximidade da linguagem natural e do mundo da vida, possibilitam estabelecer uma conexão entre o saber técnico-científico e cada um dos indivíduos, bem como protegê-los contra abusos oriundos da técnica e da ciência⁷⁰.

O papel dos princípios, na regulação, seria o de criar canais de acesso que tornassem as normas mais compreensíveis e, portanto, mais próximas da compreensão de seus destinatários. Seria uma forma de contornar o excesso técnico-burocrático empregado na produção normativa de que necessita a regulação.

Lembramos que a regulação possui finalidade bem definida. Busca padrões de comportamentos que devem ser adotados pelos agentes econômicos que atuam na atividade regulada. Também visa suprir falhas de mercado por meio de um conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais que podem até delimitar a livre iniciativa para garantir a concorrência, sempre com vistas à consecução de direitos sociais.

Quanto à previsão constitucional do complexo de valores a serem perseguidos por todos, a Carta Constitucional prevê, nos dizeres de Gisele CITTADINO:

Em seu preâmbulo, quando identifica a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira; ao definir os objetivos e fundamentos do Estado Brasileiro, destacando a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade justa e solidária; ao adotar diversos institutos processuais que asseguram o alargamento do círculo de intérpretes da Constituição, revelando um compromisso entre a soberania popular com a democracia participativa⁷¹.

A regulação, de certa forma, busca firmar sua legitimidade apresentando soluções que compatibilizam interesses sociais divergentes, neste caso no desenvolvimento de atividades do setor econômico. Esta busca por consenso, por parte

⁷⁰ LOPES (2011, p. 16)

⁷¹ CITTADINO (2002, p. 43)

da administração, reforçou a importância da aderência a princípios reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito. O primeiro, sem que se queira estabelecer uma hierarquia, é o da *subsidiariedade*, o qual informa a intervenção estatal apenas nos processos em que seja indispensável sua presença.

Ressalta-se que o paradigma do Estado de Direito pressupõe, de forma a adotar um caráter unitário. Ao se deparar com a diversidade de interesses numa sociedade pluralista, apenas a adoção do princípio da dignidade humana como norte pode conferir força a estes pressupostos.

Elevada a este patamar de importância, o princípio da dignidade humana conjuga os demais princípios que se compensam para estabelecer a conduta mais adequada com vista a promoção da cidadania na sua forma emancipada. Esta é a base de legitimação de uma série de outros princípios que busquem a realização dos ideais de justiça social na aplicação do direito e na efetivação dos pressupostos democráticos. É o que sintetiza LUSTOSA:

Sem equidade e sem participação não é viável a cidadania e, conseqüentemente, não é possível estabelecer parâmetros adequados de eficiência e de efetividade consensualmente aceitos pelos diferentes grupos sociais. A pretensão de realizar um governo melhor ruiria na medida em que se ampliasse a crise de governança.⁷²

Neste quadro, a participação do indivíduo, enquanto viabilizador do processo de efetivação de seus direitos perante o Estado, se mostra como elemento essencial na dinâmica de criação de mecanismos regulatórios. Esta participação tem a especial função de legitimar os atos burocráticos, por encerrar meio do exercício da democracia participativa. A articulação desta participação é que refletirá o viés social na esfera pública. Vale dizer, a participação cidadã é que amenizará a tentativa de apropriação dos processos de intervenção por uma técnica de burocratização e monetarização das relações sociais.

Salientando esta necessidade do envolvimento de todos os setores da sociedade para legitimar a regulação, ressalta José Maria Machado GOMES que:

[...] apesar do reconhecimento do papel da retórica em relação aos modelos de reforma, o debate político, institucional e administrativo nos anos 90

⁷²(LUSTOSA, 2010, p.158).

trouxe um novo enfoque para a atuação do governo e da sociedade. Este enfoque se pauta pela visão da reforma do Estado como um processo que se destina não apenas a apoiar ações voltadas para o aparato estatal, mas que envolvam outros atores políticos e sociais, como o setor privado e a sociedade civil, com o objetivo de ajudar na formulação e implementação de políticas públicas.⁷³

Este viés participativo pode ser visto na elaboração teórica de Habermas que, pelo seu modelo procedimental de Democracia, o direito cumpre um papel fundamental de integração social. É através dele que se institucionalizam regras do discurso que serão aplicadas no mundo da vida e no espaço público, onde de fato se espelham as expectativas da sociedade.

É justamente neste espaço onde se desenvolvem as expectativas que o Estado Democrático de Direito visa atender com sua atuação legítima. Este modelo só pode ser realizado se considerar a participação dos indivíduos na determinação e fiscalização das atividades públicas, entre elas a regulação.

Porém, esta participação só é possível se os espaços para manifestação da sociedade forem ampliados e se houver incentivo para a conscientização da importância do exercício da cidadania emancipada, ou seja, livre das pressões políticas. Este será o caminho para a superação do modelo técnico-burocrático que, pelo seu grau de especialização, se afasta do âmbito de compreensão do cidadão.

Fábio NUSDEO aponta barreiras ao exercício da cidadania plena no caso específico dos agentes reguladores. Segundo o autor, o processo regulatório aproxima, por sua dinâmica os reguladores e os regulados. Na sua visão, os contatos devem ser estreitos, sobretudo em função de dados e informações a serem necessariamente supridos pelas unidades reguladas às agências estatais, inclusive quanto a eventuais dificuldades ou impossibilidade de cumprimento das normas editadas. O autor ainda completa:

Dessa intrincada dinâmica, pode muitas vezes, surgir o fenômeno da captura, quando as exigências regulamentares passam a se amoldar às necessidades e interesses das unidades reguladas ou de algumas delas. Um exemplo típico é o da introdução de padrões exageradamente estritos de qualidade ou de segurança para certos setores, a tal ponto de apenas uma ou duas empresas

⁷³GOMES (2002, p. 78)

poderem atendê-los, propiciando para estas uma posição de mono ou oligopólio.⁷⁴

Outra barreira, segundo NUSDEO, estaria na satisfação de interesses próprios dos reguladores. O autor informa que, em muitos casos, as agências oficiais desenvolvem objetivos próprios, diversos daqueles originalmente a elas atribuídos. Entre eles pode-se destacar o prestígio, a carreira de seus membros, a influência sobre outros órgãos e o poder de ditar rumos. Para NUSDEO, *tais objetivos parasitas podem acabar minando o empenho original no cumprimento dos seus objetivos oficiais, aqueles para os quais foram criados.*⁷⁵ Além destas barreiras ao exercício da cidadania emancipada, num ambiente regulado, destaca-se ainda o que NUSDEO chamou de *poder da burocracia*. Na visão do autor, em todas as agências, inclusive as dotadas de conselhos com representantes dos vários grupos envolvidos no tema, diversas estratégias, como por exemplo, a elaboração da pauta com a seqüência das votações, pode levar a resultados não plenamente legítimos. Para o autor, *firma-se aí a influência da máquina burocrática, a qual pode conduzir o processo de edição de medidas de acordo com suas preferências ou com as dos grupos de pressão que os tenham influenciado.*⁷⁶

Diante deste quadro elevada especialização do poder regulatório, o princípio da autonomia, livre iniciativa e sua conjugação com outros princípios atinentes à dignidade da pessoa humana é que fundamenta a importância da participação do cidadão para a promoção dos pressupostos do Estado de Direito.

Assim o princípio da dignidade humana, base principiológica constitucional de um modelo democrático, também se mostra fundamental para balizar a atuação estatal, colaborando para o projeto de uma sociedade participativa e justa.

Pode-se afirmar que a Constituição da República forneceu bases para a formação de um modelo de Estado regulador, que tem o objetivo de harmonizar os interesses conflituosos da sociedade e dos agentes econômicos privados. Sua criação foi uma resposta à perda de poder ocorrida com o processo de desestatização e conseqüente diminuição de instrumentos de intervenção.

⁷⁴ NUSDEO (2001, p.216)

⁷⁵ NUSDEO (2001, p.216)

⁷⁶ Idem, p. 217

Seria então, o fenômeno regulatório, uma forma de reformular instrumentos de intervenção, agora menos direto e revestido de legalidade. Seu objetivo seria o de buscar consenso na operacionalização de setores especializados no mercado com vistas a tornar as políticas públicas mais efetivas e alinhadas com os pressupostos democráticos. Para este intento, esta intervenção haveria de ser legítima e, como apontou Habermas ao analisar a crise de legitimidade dos estados modernos, seria indispensável a participação da sociedade de forma à concretização de uma democracia material.

É neste eixo de democracia participativa, pelo exercício de uma cidadania emancipada, que chega-se a uma legitimidade política capaz de fazer escolhas que apontem para a eficiência sem se distanciar dos princípios voltados para a promoção dos direitos atinentes à dignidade humana.

Este respeito à cidadania participativa é o que orienta, por exemplo, a necessidade adoção de audiências e consultas públicas por parte das agências reguladoras. Que, percebe-se, deve ainda ser implementada por meio de medidas incentivadoras da participação da sociedade civil, principalmente no que concerne ao controle dos atos e decisões destes órgãos.

Nesta linha de raciocínio, FLORES acrescenta:

Para atingir tal desiderato, o Estado deve sobretudo viabilizar o fortalecimento de um espaço público, através de vias de comunicação e diálogo, abertas pelos novos mecanismos postos para tal fim no ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, cabe à sociedade civil empreender um longo processo de aprendizagem calcado no diálogo e no controle social dos atos do poder público, a fim de que faça valer efetivamente suas posturas⁷⁷.

A análise da interação entre a atividade estatal por meio das Agências Reguladoras e a participação dos agentes econômicos envolvidos, especialmente o cidadão, é campo fértil para identificarmos em que medida a atuação da sociedade é efetivamente reconhecida.

⁷⁷ FLORES (2003, p. 87)

Assim, ao compararmos os mecanismos de interface com a cidadania, face ao tema das agências reguladoras, podemos mensurar o quanto realmente estes mecanismos se revelam como formas de controle social ou se são meramente instrumentos que, ao mesmo passo que conferem alguma transparência para o processo regulatório, representam formas de legitimação das decisões oriundas de atos exclusivos dos dirigentes das agências.

As relações entre as agências reguladoras e os atores econômicas, por si só, representa um fenômeno complexo, seja por sua dinâmica, seja pelo objeto alvo da regulação. Para a análise de tal modelo de intervenção e sua interação com a cidadania exige, portanto, uma visão ampliada do conceito de democracia. Isto permite pensar o procedimento institucionalizado para o acesso do cidadão ao processo regulatório como meio de controle social e promoção da transparência dos atos regulatórios.

Logo, a definição do conteúdo da regulação e a forma como ela ocorre, é o que dá a tônica para a discussão de questões relevantes de ordem política que fundamenta a escolha dos métodos administrativos para a regulação de fenômenos econômicos e, por fim, a vida social. A essência destes métodos, numa democracia, deve comportar a possibilidade de participação cidadã no processo regulatório, forma eficaz de atuação da sociedade na esfera pública. Em suma, é este exercício de cidadania emancipada que fornece legitimidade aos processos decisórios na gestão pública, principalmente num contexto de atuação de agências reguladora, que são dotadas de relativa autonomia.

O professor Aragon Érico DASSO Júnior ressalta que, a despeito do escasso estudo jurídico sobre o impacto das aplicações dos mecanismos de controle social sobre a regulação, que geralmente se restringe à análise da previsão legal, percebe-se a fragilidade de tais mecanismos para atingir seus objetivos. DASSO cita Christian CAUBET ao fazer o alerta para tal fragilidade:

A ANEEL e a ANA chegam a fazer resenha de uma obra de Roberto Aguiar, de 1994, para orientar sobre as diversas maneiras de exercer a cidadania na área ambiental. Porém, baseando-se em uma obra de 1994, sem atualizá-la, não há como informar o leitor das possibilidades de participação oferecidas pelos Comitês de bacias, previstos pela lei a partir de 1997. De modo que, ao ler o capítulo específico relativo à cidadania e ao gerenciamento de recursos hídricos, o leitor não recebe informação sobre a possibilidade de agir coletivamente, dentro de um Comitê. Quanto ao capítulo dedicado aos Comitês (p. 144-154), ele não traz informações específicas sobre as maneiras de participar na estrutura de um Comitê de bacia, porém conclui com um quadro relativo aos modelos de gerenciamento que enaltece o papel do

mercado como regulador das atividades de gerenciamento. Este é outro aspecto relevante da definição da cidadania: quais são as modalidades da ação administrativa e qual é a proximidade da Administração com os administrados?⁷⁸

Ao nos debruçarmos sobre a abordagem comparativa dos mecanismos à disposição do cidadão para interagir com as agências reguladoras percebemos que existem diversos mecanismos de possível exercício da cidadania. Porém, como adverte DASSO (2010), nenhum deles, efetivamente pode ser considerado um mecanismo de participação cidadã.

No quadro abaixo, o autor apresenta um apanhado dos mecanismos mais utilizados pelas principais agências reguladoras do país.

QUADRO: MECANISMOS DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL

Agência Reguladora	Mecanismos de transparência e controle social
ANEEL	Audiências Públicas Consultas Públicas Central de Atendimento Ouvidoria Reuniões Públicas da Diretoria
ANATEL	Consultas Públicas Conselho Consultivo Central de Atendimento Ouvidoria Sala do Cidadão Comitês Estratégicos Sessões Deliberativas Públicas do Conselho Diretor
ANP	Audiências Públicas Centro de Relações com o Consumidor Sessões Deliberativas Públicas da Diretoria
ANVISA	Consultas Públicas Audiências Públicas Conselho Consultivo Câmaras Setoriais Câmaras Técnicas Ouvidoria Central de Atendimento

⁷⁸ CAUBER (2004, p. 115)

De todos os mecanismos apresentados, as audiências públicas são as mais utilizadas. Dentre as modalidades de audiência, presencial e de intercâmbio documental, a primeira, que se dá por deliberação *ao vivo*, é a que permite maior ampliação das formas de controle sobre o processo decisório. Já nas audiências por intercâmbio, o processo se aproxima mais de uma consulta pública, excluindo o debate público e, portanto, representa um instrumento mais precário.

Ainda sobre o tema das audiências, DASSO *ressalta que não basta que exista previsão legal para tal mecanismo, há necessidade de que o instituto seja obrigatório, constituindo-se em ato vinculado*. Concordo, com o autor que afirma:

Atualmente, a realização das audiências públicas depende do juízo de conveniência dos dirigentes das agências. Isso representa um déficit democrático, pois, se não estiver prevista na legislação setorial a realização obrigatória de audiências públicas no exercício de função normativa, tal prática sempre dependerá de decisão do gestor⁷⁹.

Importante observação diz respeito também quanto à forma de realização de tais audiências. Não raramente o local de realização do evento não favorece o comparecimento do público, bem como sua divulgação nem sempre se reveste de uma antecedência mínima que facilite a participação do maior número de interessados. Um maior implemento na divulgação poderia ser promovido pela comunicação do evento para entidades como associações de bairro, entidades educacionais e sindicatos ligados ao tema. Normalmente a divulgação é por mídia direcionada a setores especializados e pelos sites das agências, o que por si só, representa uma forma de exclusão social. O que pode ser identificado como uma falha no processo democrático.

DASSO conclui sobre a audiência pública:

Conclui-se que o mecanismo de audiência pública, embora valioso para a democracia, ainda carece de muito aperfeiçoamento quanto ao uso dado pelas agências reguladoras. Observa-se que são meramente consultivas e, portanto, não podem ser caracterizadas como mecanismos efetivos de participação cidadã. Não fazem com que o cidadão participe realmente da tomada de decisão⁸⁰.

⁷⁹ DASSO (2004, p. 06)

⁸⁰ DASSO (2004, p. 07)

No que diz respeito às consultas públicas⁸¹, mecanismo também muito utilizado pelas agências reguladoras, são instrumentos de consulta pública onde as partes afetadas pela regulação têm condições de argumentar sobre o sentido das normas a serem editadas expressando seus interesses.

Mesmo que este mecanismo afirme que as decisões técnicas não excluem opções políticas que são passíveis de deliberação na esfera pública, DASSO adverte que a forma adotada pelas consultas é normalmente elitista, uma vez que a própria linguagem, altamente técnica, é uma forma de exclusão que se afasta do âmbito de compreensão do cidadão comum.

Para o autor citado:

A forma hermética como as questões regulatórias são apresentadas via consulta pública aprofunda a assimetria de informações que diferencia os setores regulados (poucos, muitos dos quais monopolistas, bem informados e organizados) e da cidadania (heterogênea e dispersa)⁸².

Ainda sobre as consultas públicas. Normalmente os grupos que comparecem às audiências e consultas públicas, ou enviam manifestações, são grupos de interesse, num percentual acentuadamente superior aos demais grupos, especificamente ao se levar em conta os órgãos de defesa do consumidor e a participação privada de cidadãos, (DASSO, 2004). Ressalta-se que a consulta pública é um instrumento meramente consultivo, não podendo ser considerado um mecanismo de participação cidadã, por não garantir a tomada de decisão pela cidadania, sua conjugação com as audiências públicas é que a aproximaria de um instrumento mais democrático.

Frente ao exposto, percebe-se que tais instrumentos carecem de aperfeiçoamento no que se refere ao controle dos argumentos e das justificativas em tais processos, no que tange às manifestações da cidadania. Em tese, o que ainda precisa ser aprimorado se relaciona com a real possibilidade de acesso à manifestação dos indivíduos que participam das consultas públicas. Também se mostra importante a ampliação das possibilidades de haver contra-argumentação, gerando debate público e exigindo melhor fundamentação das decisões dos dirigentes. Esta seria uma resposta aos participantes que, no mínimo, representaria uma efetiva análise das sugestões.

⁸¹No que concerne às consultas públicas, o artigo 4º do Projeto de Lei nº 3.337/04 determina a obrigatoriedade de realização de consulta pública, previamente à tomada de decisão, sobre as minutas e propostas de alterações de normas legais, atos normativos e decisões da Diretoria Colegiada e Conselhos Diretores de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados.

⁸² DASSO (2004, p. 08)

Uma alternativa que poderia favorecer a eficácia destes mecanismos, na opinião do professor DASSO, seria a combinação de audiências e consultas públicas na aprimoração do processo democrático o âmbito regulatório. Esta junção ampliaria o controle social e permitiria que questões relevantes sobre o conteúdo da regulação repercutam na esfera pública e possam ser debatidas publicamente, uma vez que implicam em escolhas políticas.

Vale ainda discorrer sobre a conclusão do professor DASSO sobre o *déficit democrático* hoje existente no exercício da cidadania frente ao Estado regulador. O autor, com propriedade, lembra que a própria criação dos mecanismos regulatórios careceu de debate político e jurídico, o que, por via reflexa, também afastou qualquer participação social na sua constituição.

O autor acrescenta:

No novo contexto do Estado regulador brasileiro, de forma absolutamente hermética, as decisões são tomadas de formas discricionárias e supostamente técnicas dentro das agências reguladoras. Dessa maneira, decisões sobre regulação passaram a ser revestidas, no plano do discurso, de um caráter “apolítico”, como se decisões técnicas não implicassem escolhas de ordem política. As disputas políticas continuam existindo. Porém, como canais anti-democráticos, apenas determinados setores têm acesso ao jogo de barganha político que está na base da ação regulatória do Estado. Ademais, são poucos os mecanismos institucionalizados de transparência e controle social das decisões tomadas e não há nenhum mecanismo real de participação cidadã, o que reforça sobremaneira o déficit democrático das agências.⁸³

Neste panorama, ao invés de incorporar a cidadania ao processo de tomada de decisões na gestão pública, as deliberações apenas passaram para as mãos de entes técnicos no seio das agências reguladoras, que se tornou em um novo espaço de poder político, sujeito às pressões do mercado, mas distante da relação com os indivíduos que sofrem seus efeitos.

⁸³ DASSO (2004, p. 10)

CONCLUSÃO

Frente ao exposto neste estudo, a intervenção estatal se mostra como um instrumento indispensável para a manutenção da ordem econômica e para a implementação de políticas públicas com vistas à realização do bem-estar social.

Ao conjugar-se os elementos da economia e o arcabouço jurídico, obtém-se os pressupostos do Direito Econômico que informam os limites da intervenção do Estado nos diferentes setores da economia bem como a análise dos reflexos desta atuação, seja no próprio mercado, seja no âmbito das relações sociais.

Foram expostas, no título dos paradigmas de Estado, as raízes que possibilitaram o surgimento de instrumentos de controle estatal no que tange às atividades econômicas e, como resposta às transformações sociais e mercadológicas, o aperfeiçoamento de tais mecanismos. Assim, no Estado Liberal, tem-se uma abstenção interventiva que privilegiou a livre iniciativa e a auto-regulação, bem como a busca pela satisfação dos interesses individuais por esforço próprio. Noutro passo, e inaugurando um novo paradigma, o Estado Social apresentou, na extrema regulação do setor econômico, uma solução para os *males* da busca pelo lucro em detrimento dos reflexos sociais advindos. A forma como esta *solução* foi implementada fez surgir novos problemas que revelaram a ineficácia da estatização e do tratamento assistencialista dispensado aos cidadãos.

A breve exposição das características dos modelos de Estado e seus mecanismos de interação com a atividade econômica moldurou os conhecidos elementos estudados pela Economia que fornecem a ponte para o estabelecimento da relação de proximidade entre a Política e o Direito.

Ao expor, no primeiro capítulo deste trabalho, os problemas da economia, foram eleitos como mais significativos, para a estruturação deste estudo, o problema da escassez e a busca, por parte da Administração Pública, pela implementação das metas econômicas. A preocupação do Estado com o desenvolvimento econômico e com a satisfação dos interesses coletivos faz com que os atos de governo utilizem-se do instrumental do Direito Econômico para que se garanta eficiência e economicidade como produto do desenvolvimento das atividades econômicas.

A eleição dos princípios constitucionais que norteiam a manutenção da Ordem Econômica no Brasil, inerente ao próprio modelo de Estado adotado, informam a

relevância do atendimento de pressupostos que se alicerçam no respeito à livre iniciativa, direito de concorrência e principalmente pela garantia dos direitos fundamentais. Na tradução deste princípio enquanto pressupostos que determinam a dimensão da interface entre os cidadãos e as instituições que regulam a economia, o exercício da cidadania em sua forma emancipada é o mais relevante instrumento de comunicação dos sujeitos para com a Administração Pública.

A disponibilização de mecanismos de controle social e acompanhamento das medidas interventivas merecem especial atenção sob os aspectos que determinam sua eficácia. Como foi demonstrado, o acesso a estes mecanismos, por si só, não garantem o exercício pleno do direito à manifestação da cidadania. Muito menos altera o quadro de impotência dos indivíduos frente aos atos da administração que tendem, em nome de um equilíbrio político e economicamente desejáveis, afastar do domínio público a decisão pelos rumos do mercado.

Neste aspecto, clama por aprimoramento, os mecanismos de interação entre cidadão e Estado de forma a possibilitarem acesso e exercício, esclarecido, das prerrogativas garantidas constitucionalmente e que se traduzem em oportunidade de manifestação individual ou coletiva. Adverte-se, entretanto, que esta manifestação apenas se concretizará materialmente caso seja tida como relevante e capaz de intervir no processo de tomada de decisão, conforme foi explicitado no tema das agências reguladoras.

BIBLIOGRAFIA

1. BARRE, Raymond. *Economia Política*. Vol.1 São Paulo: Difel, 1978.
2. BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
3. CARVALHOSA, Modesto. *Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 1973.
4. CAUBET, Christian Guy. *A água, a lei, a política... e o meio ambiente?* Curitiba: Juruá, 2004.
5. CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A democracia e os três poderes no Brasil* Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.
6. COMPARATO, Fábio Konder. *Regime constitucional do controle de preços no mercado, in Direito Público – Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
7. CONTADOR, C. R. *A Importância a Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*. São Paulo: Atlas, 1982.
8. DASSO, Aragon Érico Júnior. *Agências Reguladoras: autarquias na contramão da participação cidadã*. São Paulo: UNIRITTER, 2004.
9. DEMO, Pedro. *Cidadania tutelada e cidadania assistida*. Campinas: Autores Associados, 1995.
10. FLORES, Tatiana Pollo. *Persuasão e administração: possíveis conexões entre os paradigmas regulatório e argumentativo na reforma do Estado brasileiro*. Rio de Janeiro: PUC, 2003.
11. FONSECA, João Bosco Leopoldinoda. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995
12. GREMAUD, Amaury Patrick. *Economia brasileira contemporânea*. 7. Ed., São Paulo: Atlas, 2011.
13. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003.
14. LOPES, Othon de Azevedo. *Princípios jurídicos e regulação*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2011.

15. LUSTOSA, da Costa F. *Reforma do Estado e contexto brasileiro: crítica do paradigma gerencialista*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010
16. MANKIWI, N. Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Cengage Learning, 2005.
17. MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, Centro de Atualização Jurídica – CAJ, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <www.direitopublico.com.br>.
18. NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Revista do Tribunais, 2001.
19. HUNT, E. K.; SHERMAN, H. *História do pensamento econômico: uma perspectiva crítica*. 2. Ed, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
20. RAMOS, José Nabantino. *Sistema Brasileiro de Direito Econômico*. São Paulo, Co-edição IBDT – Editora Resenha Tributária, 1977.
21. RAMOS, José Maria Rodrigues. Lionel Robbins: Contribuição para a Metodologia da Economia. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1993.
22. ROSSETTI, J. P. *Introdução à Economia*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
23. SADDI, Jairo & PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.