



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA**

MIGUEL SALIH EL KADRI TEIXEIRA

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
QUANDO DA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO
NO QUE TANGE AO CONTROLE DE PREÇOS**

Londrina

2010

MIGUEL SALIH EL KADRI TEIXEIRA

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
QUANDO DA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO
NO QUE TANGE AO CONTROLE DE PREÇOS**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do título de mestre do programa de
Mestrado em Direito Negocial da
Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof.Dr. Renato Lima Barbosa

Londrina

2010

MIGUEL SALIH EL KADRI TEIXEIRA

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO
QUANDO DA INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO NO QUE
TANGE AO CONTROLE DE PREÇOS**

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do título de mestre do programa de Mestrado em Direito Negocial e Política Social da Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Renato Lima Barbosa

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Renato Lima Barbosa

UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Martha Asuncion Enriquez Prado

UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

UNIMAR

Londrina, 14 de dezembro de 2010

*Aos meus pais Enio e Fátima;
Aos meus irmãos Hanuar e Samara;
Aos meus avós Miguel (in memoriam),
Roberta (in memoriam), Charaf e Saleh.*

Primeiramente, agradeço a Deus por toda força concedida ao longo não apenas da confecção do presente trabalho, bem como, igualmente, durante todo o mestrado.

À minha família, pelo apoio incondicional em mais esta empreitada.

Ao meu orientador, Dr. Renato Lima Barbosa, não apenas por sua valiosa cooperação na confecção do presente trabalho, mas também por sua amizade e compreensão em todos os momentos de dificuldade, que por sua competência acreditou neste projeto, mesmo que de matiz diferente do que até então estudava-se sobre o tema.

À professora Dra. Marlene Kempfer Bassoli, por toda a compreensão, apoio, cobranças e incentivo conferido ao longo da graduação, pós-graduação “*stricto sensu*” e pós-graduação “*latu sensu*”.

Aos MM. Juízes Dr. Ricardo Luiz Gorla e Márcia Guimarães Marques da Costa, pelos ensinamentos, apoio e incentivo desde os tempos de graduação, ainda na qualidade de estagiário.

Aos amigos e colegas de mestrado em Direito Negocial da UEL-PR, por toda paciência, amizade, carinho e apoio ao longo de todo o curso, além, especialmente, de todos os ensinamentos proporcionados ao longo deste.

Ao grande amigo Francisco, secretário dos mestrados, que sempre esteve ao lado de todos os mestrados, em toda e qualquer situação, demonstrando que boas amizades e confiança surgem em qualquer lugar.

Aos amigos e colegas do cotidiano, próximos ou não, que com sua paciência, amizade, carinho e confiança, não me permitiram perder as forças ao longo de tão árdua caminhada.

Enfim, a todos aqueles que de maneira direta ou indireta, maior ou menor, contribuíram para a construção do presente estudo.

Se a procura da justiça e da razoabilidade do direito for abandonada pelos espíritos mais esclarecidos, sob a alegação de que a justiça é uma noção sem sentido, quimérica, irracional, então existe o risco de a espécie humana retroceder a uma condição de barbárie e ignorância em que o irracional predominará sobre o racional, e em que as negras forças do preconceito talvez ganhem a batalha contra os ideais humanitários e as forças do bem e da benevolência.

Edgar Bodenheimer

TEIXEIRA, Miguel Salih El Kadri. **A responsabilidade extracontratual do estado quando da intervenção no domínio econômico no que tange ao controle de preços**. 2010. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2010.

RESUMO

O presente estudo parte da análise da Ordem Econômica prevista no Texto Constitucional de 1.988, inicialmente versando sobre a influência do neoliberalismo, especialmente no que se refere à construção do que se denomina “Constituição Econômica”, através de sua evolução histórica, culminando no estudo dos princípios constitucionais atinentes à atividade intervencionista do Estado brasileiro quando do controle de preços. Ato contínuo, vislumbra a própria intervenção deste Estado, buscando arrimo nas relações havidas entre as ciências do Direito e da Economia, diante de duas de suas principais correntes, ou seja, a análise econômica do Direito e o estudo das Razões de Estado, bem como demonstrando as formas pelas quais o Estado intervém no Domínio Econômico, e, especificamente, demonstrando como se dá tal atividade através do controle de preços. Por fim, valendo-se dos conceitos e conclusões anteriormente expostos, apresenta-se o último capítulo, que versa sobre a responsabilidade extracontratual do Estado quando da intervenção no domínio econômico, primeiramente vislumbrando a evolução histórica do tema, passando, ao depois, para o estudo do Estado Intervencionista, e, mais especificamente, acerca da análise da responsabilidade estatal quando do controle de preços, culminando, inclusive, na demonstração das óticas dos Tribunais Superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, corroborando a ideia de que o Estado é responsável por suas decisões, mesmo que políticas, não importando a função que esteja cumprindo.

Palavras-chave: Responsabilidade extracontratual. Estado. Empresa. Domínio econômico. Controle de preços.

TEIXEIRA, Miguel Salih El Kadri. **A liability of the state when the economic policy in the field in terms to control prices.** 2010. 108f. Dissertation (Master of Laws Negotiating) - State University of Londrina, Londrina. 2010.

ABSTRACT

The present essay is the analysis of the economic order under the 1988 Constitutional Text, initially on the influence of neoliberalism, especially as regards the construction of what is called the "Economic Constitution" through its historical evolution, culminating in the study of major constitutional principles as regards the activity of the Brazilian state intervention when the price controls. Immediately thereafter, the intervention itself sees this state seeking a backer in the relations held between the Sciences of Law and Economics, before two of its main trends, and, the economic analysis of law and the study of Reasons of State, as well as demonstrating the ways in which the state intervenes in the economic domain, and, specifically, demonstrating how such activity occurs through the price control. Finally, drawing on the concepts and conclusions set forth above, we present the final chapter, which concerns the liability of a State when the intervention in the economic field, first glimpse of the historical theme, going to the later, for Interventional study of the State, and more specifically, about the analysis of state responsibility when price controls, culminating finally in the demonstration of the optics of the Superior Courts: Superior Court and Supreme Court, supporting the idea that State is responsible for their decisions, even if policies, no matter who is fulfilling the function.

Keywords: Extracontratual responsibility. State. Company. the Economy. Price controls.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I - A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988	12
1.1 A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO.....	13
1.2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA.....	18
1.3 A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	21
1.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À ORDEM ECONÔMICA	29
CAPÍTULO II - A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	38
2.1 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O PROCESSO ECONÔMICO	39
2.2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	43
2.3 RAZÕES DE ESTADO	47
2.4 AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO DOMÍNIO ECONÔMICO	52
2.4.1 A INTERVENÇÃO POR MEIO DO CONTROLE DE PREÇOS.....	64
CAPÍTULO III - RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DIANTE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO ATRAVÉS DO CONTROLE DE PREÇOS	74
3.1 RESPONSABILIDADE E SACRIFÍCIO DE DIREITO	75
3.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO	79
3.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Estatal: Breves Considerações.....	79
3.2.2 Responsabilidade Extracontratual do Estado Intervencionista.....	81
3.2.3 Responsabilidade Extracontratual do Estado por danos decorrentes de Regulamentação através do Controle de Preços	93
CONCLUSÃO	100
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO

A entrada do Estado no campo das atividades produtivas representou uma das manifestações mais notáveis do movimento de expansão contínua conhecida ao longo do século XX, em especial diante das fortes influências havidas por força das respostas aos ideais iluministas preponderantes no Estado Liberal.

O Estado tem seu papel definido como hegemônico nos países socialistas devido à estatização da economia; dominante nos países em desenvolvimento em razão da insuficiência do capital privado, estratégico nos países desenvolvidos, sob o pretexto de apartar as variações resultantes da diversidade dos contextos nacionais, bem como diante da formação de economias mistas, onde empresas estatais não apenas monopolizaram setores de base (energia, transportes, telecomunicações), mas também fizeram-se fortemente presentes nas indústrias pesadas, além de instituições financeiras, seguros e re-seguros etc.

Na quadra final daquele mesmo século, por outro lado, encontra-se o Estado sob cerrada crítica, no sentido de que estaria, em demasiado, ineficiente, causando desperdício de recursos, além de moroso, burocrata e corrupto.

Desta forma, no final da década de setenta do século XX, considerando a chegada ao poder na Grã-Bretanha de Margaret Thatcher, conhecida também como a “dama de ferro”, o movimento de privatização propagou-se, primeiro, ao restante dos países tidos como de matriz Social ou de Bem-Estar Social, para, depois, estender-se ao longo no final do século passado às demais regiões do globo, especialmente sobre os países que sofreram, ou sofrem, influência do Fundo Monetário Internacional (FMI).

Nos países em desenvolvimento, que vislumbraram o Estado como protagonista do processo econômico, político e social, percebeu-se a perda de seu charme redentor. Inseridos em programas de ajustes estruturais pilotados por instituições financeiras internacionais, tais países lançaram-se em importantes processos de privatização, cujo qual alcançou desde aqueles que optaram pela via liberal até, inclusive, os que se intitulavam socialistas.

Neste sentido, cumpre observar que a América Latina, por sua vez, foi a região que apresentou os resultados mais contundentes, capitaneados por países como Argentina, Brasil e México.

No entanto, esse refluxo da concepção que erigiu o Estado que permanece presente na economia, não mais como um piloto, mas como um estrategista, que se esforça por acompanhar ou amortecer o efeito de movimentos sobre os quais não tem mais controle.

O estabelecimento de uma economia aberta priva o Estado de seus meios de ação clássicos e nega-lhe, em tese, a possibilidade de definição de um projeto de desenvolvimento. Da mesma maneira, a lógica concorrencial que comanda o funcionamento das atividades produtivas leva ao dismantelamento de suas estruturas tradicionais.

Todavia, esse refluxo da concepção que erigiu o Estado a motor de desenvolvimento, confiando-lhe a gestão de setores-chave da economia, não é sinônimo de compromisso: o poder público passa a ser o fomentador da atividade, o fiscalizador da prestação, o árbitro de conflitos, o sancionador das prestadoras, o definidor de marcos estratégicos.

Para isso, implementaram-se os marcos regulatórios de cada uma dessas atividades, juntamente com uma inovação institucional para a atuação do Estado: agências reguladoras com autonomia operacional e financeira, uma vez que buscar investidores privados foi a solução visualizada para aumentar os investimentos sem sacrificar a disciplina fiscal, o que, por sua vez, implicou na necessidade de engendrar uma moldura regulatória apropriada para atraí-los.

Ocorre que, para alguns, poder-se-ia até mesmo afirmar que a atividade regulatória do Estado no Domínio Econômico seria descabida em razão da aludida transposição do modelo intervencionista direto (sinônimo dos Estados Social e de Bem-Estar Social).

Porém, com a recente crise que assolou o globo, onde a discussão maior quedou-se na ausência de regulamentação dos Estados em setores tido como essenciais no âmbito econômico (especialmente no que se refere ao setor financeiro), denotou-se a necessidade de se retomar o estudo dos limites e consequências de tal atividade intervencionista Estatal.

Assim, é exatamente neste contexto que se insere a atual atividade interventiva do Estado no Domínio Econômico, o qual, outrora agente direto da atividade produtiva, agora insere-se como regulador, providenciando não apenas a existência e manutenção da Economia, mas, principalmente, balizando suas

atividades, através dos inúmeros instrumentos que o Texto Constitucional permite-lhe.

Feitas tais considerações de natureza introdutória, cumpre observar que o presente estudo limita-se, no primeiro capítulo, tratar da Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, concedendo maior atenção aos ideais que influenciaram a construção deste campo na seara constitucional e, por conseguinte, seus princípios norteadores.

Ato contínuo, considerando a principiologia aplicável à Ordem Econômica Constitucional, pretende-se uma análise, já no segundo capítulo, mais acurada das relações entre o Estado e a Economia, especialmente no que se refere às principais teorias econômicas que se fazem presentes em inúmeras decisões judiciais, culminando-se nas formas pelas quais este Estado pode intervir no Domínio Econômico, dando-se maior ênfase ao tema central deste trabalho, ou seja, o controle de preços pelo Estado Brasileiro.

Por fim, no terceiro e último capítulo, considerando-se as premissas obtidas nos itens anteriores, observa-se uma análise mais acurada sobre a responsabilidade do Estado quando de sua atividade interventiva, quando da não observância dos preceitos esculpido nos dois primeiros capítulos, bem como, ao final, demonstrando-se o posicionamento dos Tribunais Superiores no que se refere à temática aqui discutida, bem como se a mesma coaduna-se com o Ordenamento Jurídico Brasileiro.

Desta maneira, este estudo, em razão dos últimos eventos de ordem global, especialmente aqueles referentes à necessidade de maior atuação dos Estados, através de seus Governos, busca demonstrar que a atividade intervencionista do Estado, especialmente no que tange ao controle de preços, não pode ocorrer de maneira impensada, desprovida de parâmetros econômicos e, principalmente, jurídicos, sob pena, em assim ocorrendo, implicar em sua clara e inequívoca responsabilização patrimonial.

CAPÍTULO I

A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1.988

Neste primeiro capítulo tratar-se-á sobre o contexto que permeia a Ordem Econômica na Carta Constitucional de 1.988, analisando-se, no primeiro momento, as influências dos ideais neoliberais, oriundos da Europa e Estados Unidos da América no final da II Grande Guerra Mundial, na construção da ordem prevista no Texto Maior, especialmente no que se refere à alteração de postura do Estado para com a Economia, decorrente do pensamento intervencionista extremo então preconizado pelos Estados Social e de Bem-Estar Social.

Ao depois, analisadas as bases em que se delineou a Ordem Econômica prevista no seio da Constituição Federal vigente, analisar-se-á o que se entende como Constituição Econômica, demonstrando-se que a mesma ultrapassa, em muito, a ideia de que se dessumiria a atividade Estatal, no contexto econômico, permeando-se pelo conjunto de princípios e regras jurídicas os quais, funcionando harmonicamente e garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.

Ato contínuo, necessário, para fins de comparação, será a análise de aludida Ordem Econômica quando das demais Constituições que vigeram em território brasileiro, demonstrando-se, inclusive, as diferenças e evoluções havidas ao longo do tempo, especialmente para demonstrar que as bases que se fazem presentes não são mera criação repentina, mas, principalmente, produto de evolução continuada do processo jus-filosófico aplicável, culminando-se na análise do atual Texto Constitucional neste aspecto.

Por fim, neste primeiro capítulo, também serão tratados dos princípios constitucionais aplicáveis à Ordem Econômica, alguns apenas em caráter perfunctório, mas outros, como a defesa da propriedade privada e a livre concorrência, serão analisados mais profundamente, haja vista o corte metodológico aplicado a este estudo.

1.1 A INFLUÊNCIA DO NEOLIBERALISMO

O neoliberalismo nasceu no final da II Grande Guerra que assolou o globo, especialmente na Europa e América do Norte, locais onde imperava o capitalismo, constituindo-se como uma reação teórica e política veemente contra o Estado Intervencionista, seja ele Social ou de Bem-Estar Social.

Seu texto de origem foi *O Caminho da Servidão*, de Friedrich Hayek, escrito no ano de 1.944, cujo qual se trata de um ataque apaixonado contra qualquer limitação dos mecanismos de mercado por parte do Estado, denunciadas como uma ameaça letal à liberdade, não somente econômica, mas também, política, onde Hayek acusa o planejamento e o Estado providência de levarem à tirania, de sorte que aludido autor enquadra o mercado e o progresso numa moldura evolucionista.

A intervenção do Estado é má porque faz com que a rede de informações do sistema de preços emita sinais enganadores, além de reduzir o escopo da experimentação econômica. Quanto ao progresso, este ocorre através de uma miríade de tentativas e erros feitos pelos seres humanos, pois a evolução social procede mediante "a seleção por imitação de instituições e hábitos bem-sucedidos".¹

Três anos após ter publicado *O Caminho da Servidão*, o mesmo Hayek, diante de uma conjuntura onde as bases do Estado de Bem-Estar na Europa do pós-guerra efetivamente se construía, convocou aqueles que compartilhavam sua orientação ideológica para uma reunião na pequena estação de Mont Pèlerin, na Suíça. Entre os célebres participantes estavam não só adversários firmes do Estado de Bem-Estar europeu, mas também inimigos férreos do *New Deal* norte-americano. Na seleta assistência encontravam-se Milton Friedman, Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises (do qual Hayek era discípulo), Walter Eupken, Walter Lipman, Michael Polnyi, Salvador de Madariaga, entre outros.

Fundou-se a Sociedade de Mont Pèlerin, uma espécie de franco-maçonaria neo-liberal, altamente dedicada e organizada, com reuniões internacionais a cada dois anos. Seu propósito era combater o keynesianismo e o solidarismo reinantes e preparar as bases de um outro tipo de capitalismo, duro e livre de regras para o futuro.

¹ HAYEK, Friedrich. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: UNB, 1983. p. 59.

Hayek e Mises foram os neoliberais que construíram os argumentos mais contundentes contra o Estado gestor da economia. Mises, por exemplo, coloca a questão de se saber quais as consequências das intervenções do governo e de outras instâncias no sistema de propriedade privada. A isto responde que a existência de duas ordens de organização social com divisão do trabalho, quais sejam, a ordem da propriedade pública e a da propriedade privada, não presume uma terceira ordem, ou seja, a da propriedade privada regulamentada pelo governo, de sorte a afirmar que:

[...] incidentalmente, devemos distinguir, cuidadosamente, entre a questão de o governo ser ou não necessário e a questão de em que casos a autoridade do governo é admissível. O fato de a vida social não poder prescindir dos instrumentos de coerção do governo não pode ser usado para se concluir, também, que o controle da consciência, a censura e medidas semelhantes sejam desejáveis, ou que certas medidas de economia sejam necessárias, úteis, ou apenas exequíveis.²

Hayek, por seu turno, opõe-se ao intervencionismo, que considera o mal essencial a ser combatido, bem como que as crises econômicas do século XX resultaram do excesso de intervencionismo, com uma formulação da ordem espontânea do mercado, que segue regras universais de justa conduta, não podendo ser a ordem resultante do mercado fruto da vontade humana e que as instituições e regras que permitem o seu surgimento não são voluntária e conscientemente dominadas e conhecidas.

Gisele Citadino destaca os dois objetivos a que Hayek atinge com a seguinte formulação:

[...] por um lado, logra subtrair os resultados individuais do mercado de uma crítica fundada numa idéia de justiça. Por outro, pretende demonstrar que o próprio sistema de economia de mercado tem uma legitimidade mais fundamental que aquela conferida por sua utilidade imediata. Ao contrário, é na história que podemos encontrar o fundamento de legitimidade do mercado enquanto ordem espontânea.³

² MISES, Ludwig von. **Uma crítica ao intervencionismo**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987. p. 16.

³ CITADINO, Gisele. Intervenção do estado x sistema de mercado: confrontando Hayek e Olson. direito, estado e sociedade. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, n. 1, 1991. p. 13- 29.

Com efeito, em Hayek, percebe-se que o mercado é o puro produto da história, ou seja, construído historicamente, onde sua superioridade e sua legitimidade são estabelecidas pela história e pela seleção natural. Ele não é jamais conscientemente inventado, estabelece-se por si mesmo, historicamente, como o sistema mais eficaz, sendo que desta concepção do mercado como produto da história e da seleção natural decorrem as críticas de tal autor ao intervencionismo estatal, assim como a defesa intransigente da liberdade individual, posto que este apenas deveria aplicar regras universais para uma conduta justa, nada além.

Desta forma, pode-se dizer que a retomada do Neoliberalismo, deuse, segundo Anderson, com:

a chegada da grande crise do modelo econômico do pós-guerra, em 1973, quando todo o mundo capitalista avançado caiu numa longa e profunda recessão, combinando, pela primeira vez, baixas taxas de crescimento com altas taxas de inflação, mudou tudo. A partir daí as idéias neoliberais passaram a ganhar terreno.

O remédio, então, era claro: manter um estado forte, sim, em sua capacidade de romper o poder dos sindicatos e no controle do dinheiro, mas parco em todos os gastos sociais e nas intervenções econômicas. A estabilidade monetária deveria ser a meta suprema de qualquer governo. Para isso seria necessária uma disciplina orçamentária, como as contenções dos gastos com bem-estar, e a restauração das taxas "naturais" de desemprego, ou seja, a criação de um exército de reserva de trabalho para quebrar os sindicatos.⁴

Zulmar Antonio Fachin, contextualizando o tema e demonstrando claramente suas implicações no mundo atual, afirma que:

Nas últimas décadas do século XX e no início do século XXI, em boa parte do mundo, os Estados adotaram políticas neoliberais: privatizações de empresas estatais, benefícios ao capital privado, ajuste fiscal, redução de direitos sociais etc. Vários setores da atividade estatal foram transferidos para a iniciativa privada. Em alguns países – e o Brasil é um exemplo –, as privatizações chegaram a tal ponto que grande parcela dos serviços públicos já não são mais prestados pela administração pública, mas por particulares. O poder privado fortaleceu-se de tal modo e exerce suas atividades públicas (telefonia, energia elétrica, conservação de estradas etc.), podendo-se falar que, paralelamente ao Estado, existem um “Estado privado”. Tal instância é formada por alguns

⁴ ANDERSON, Perry. **Balço do neoliberalismo. pós-neoliberalismo : as políticas sociais e o estado democrático.** São Paulo: Paz e Terra, 1993. p. 10.

núcleos de poder tão vigorosos, que não seria exagero se falar na existência de novos *leviatãs*.⁵

Assim, seguindo a tradição euro-americana⁶, o Brasil mantém uma relação com a economia de mercado, via de regra, por meio da intervenção indireta, ou seja, por meio de regulamentação (em sentido amplo) e não diretamente por meio de empresas estatais ou com co-participação do Estado. Adota-se, assim, uma técnica de intervenção que se denomina de “neoliberalismo de regulação”, expressão que pode provocar um estranhamento inicial, mas, em verdade, consiste na pedra fundamental de qualquer construção teórica que pretenda caracterizar a ação do Estado Democrático de Direito brasileiro no capitalismo contemporâneo.

Por conseguinte, é comum atribuir-se o qualificativo neoliberal a quaisquer iniciativas político-econômicas que se contraponham às ações do Estado Social, *Welfare State*, ou Estado-Empresário, como se todas elas levassem a um retorno ao Estado Liberal, patrono do liberalismo econômico clássico.

Neste sentido, Nilson Araújo de Souza⁷ afirma que o Estado, para os neoliberais, não teria outra função que não fosse além de "proteger a propriedade privada e seu corolário, o mercado".

Aproximando-se da realidade brasileira, a disseminação dessa doutrina, especialmente entre os governos latino-americanos, a partir do Consenso de Washington (1.989), foi feita pelo Fundo Monetário Internacional-FMI e pelo Banco Mundial, os quais condicionaram seus empréstimos à adoção de políticas de abertura econômica, de desestatização e de outro modelo de regulação econômica. Todavia, a adoção dessas políticas não foi realizada de uma só vez, nem foram completamente aceitas, haja vista que as medidas para sua implantação foram tomadas paulatinamente no passar da década de 90 (noventa), do século XX, e mesmo após sua intensificação na segunda metade daquele decênio não se pode dizer que o liberalismo clássico passou a vigor no Brasil.

⁵ FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006. p. 176-177.

⁶ A tradição na Europa e nas Américas tem seguido um movimento de transformação dos aparelhos de Estado, desde a década de 1970, com a transferência para a iniciativa privada de atividades econômicas prestadas diretamente pelo Estado, com a criação de entidades administrativas normatizadoras para regular os novos setores do mercado. (v. SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – privatização, concessões e terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2000).

⁷ SOUZA, Nilson Araújo. **Economia brasileira contemporânea: de Getúlio a Lula**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 200.

Desta maneira, aos poucos, foi-se entendendo que seria preciso rever as posições político-científicas sobre as reformas do Estado e do mercado, haja vista que o paradigma científico encontrado atualmente é por demais sofisticado para que subsistam definições simplistas de qualquer fenômeno, especialmente quando este é econômico.

Outrossim, Paulo Nogueira Batista Jr.⁸ é incisivo ao lembrar a superficialidade com que os fenômenos econômicos mais recentes são estudados nos países em desenvolvimento: "o fascínio pela 'globalização' é revelador do estado de prostração mental e desarmamento intelectual em que se encontram países como o Brasil".

No Brasil, as mais recentes reformas constitucionais, como corolário do que se afirmou, são reflexos desse neoliberalismo econômico, o que se observa ao analisar a Ordem Econômica prevista na Carta Constitucional de 1.988, e, em especial, com relação às reformas posteriores, quando se deu a onda de privatizações de diversas empresas e setores públicos, minimizando-se a posição do Estado na economia, ficando o mesmo, assim, apenas com setores considerados impares para a segurança nacional.

Surge, então, o Estado Democrático de Direito que, na doutrina de Ivo Dantas, concilia "duas das principais máximas do Estado Contemporâneo, quais sejam a origem popular do poder e a prevalência da legalidade."⁹ Fundam-se, assim, as diretrizes do Estado Democrático com as do Estado de Direito, tendo em vista que formam uma forte relação de interdependência, brilhantemente observada por Bobbio, nos seguintes termos:

Estado Liberal e estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de

⁸ BATISTA JR., Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 3 ed. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2002. p. 52.

⁹ DANTAS, Ivo. **Da defesa do estado e das instituições democráticas.** Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989. p.27.

outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantir liberdades fundamentais.¹⁰

Assim, forma-se um vetor de mão dupla: o direito fundamental da liberdade, garantido pelo Estado de Direito, cujo qual é necessário para o regular exercício da democracia, a qual, outrossim, é condição singular para a existência, manutenção e ampliação desses direitos e garantias individuais, razão pela qual surge o Estado Democrático de Direito.

Este nova concepção – modelo – de Estado cria os chamados "direitos de terceira geração", que se situam no plano do respeito, de conteúdo fraternal, compreendendo os direitos, essencial ou naturalmente, coletivos, isto é, os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, passando o Estado a tutelar, além dos interesses individuais e sociais, os transindividuais (ou metaindividuais), que compreendem, dentre outros, o respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a paz, a autodeterminação dos povos, a moralidade administrativa, bem como a possibilidade de intervenção na Ordem Econômica.

Seguindo tal linha de pensamento, a Constituição Federal ao encerrar em si o conceito de Estado Democrático de Direito, apresentou, repita-se, também clara e inequívoca influência da onda neoliberal então em grande voga, especialmente em seu Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), quando determina que a intervenção direta na economia dar-se-ia apenas por força de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, bem como, no caso de intervenção indireta, de que esta seria determinante apenas para o setor público, mas meramente indicativa para o setor privado, o que vai ao encontro dos princípios norteadores da doutrina neoliberal já descrita.

1.2 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

Ultrapassadas tais considerações, ou seja, as bases históricas e filosóficas condizentes à ordem econômica, pode-se adentrar à esfera legal que pretende lançar as vigas mestras que a permeiam, melhor dizendo, é aberta a possibilidade de estudo acerca do que se entende por “Constituição Econômica”.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 20.

A expressão *ordem econômica constitucional* pode ser entendida como conjunto de princípios e regras jurídicas que, funcionando harmonicamente e garantindo os elementos conformadores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia.

Manoel Jorge e Silva Neto¹¹ conceitua ordem econômica como "o plexo normativo, de natureza constitucional, no qual são fixadas a opção por um modelo econômico e a forma como deve se operar a intervenção do Estado no domínio econômico".

Para Moreira¹²,

a economia não é um conjunto caótico de elementos e processos; possui uma estrutura, que os articula numa ordem: a *ordem econômica*. E na medida em que a economia se efetiva em relações entre os sujeitos econômicos - relações implicadas pela divisão social do trabalho -, essas relações podem ser objeto da ordem jurídica e a ordem econômica pode traduzir-se em *ordem jurídica da economia*.

É necessário, entretanto, distinguir a ordem econômica de Constituição econômica.

A Constituição econômica é o segmento da Constituição que trata dos princípios e regras fundamentais da ordem econômica. Segundo Vital Moreira¹³, a ordem econômica constitui-se de "todas as normas ou instituições jurídicas que têm por objeto as relações econômicas". Desta maneira, é lícito concluir que a ordem econômica é muito mais extensa do que a Constituição econômica, pois só algumas normas possuem caráter fundamental e se inserem, pois, no corpo da Constituição.

Para Horta¹⁴,

¹¹ JORGE E SILVA NETO, Manoel. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001. p. 135.

¹² MOREIRA, Vital. **Economia e constituição**: para o conceito de constituição econômica. 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979. p.53.

¹³ MOREIRA, op. cit., p. 67.

¹⁴ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p.252.

O constitucionalismo clássico, em suas diversas manifestações nos séculos XVIII e XIX, comportou-se dentro do modelo constitucional de duas dimensões – a organização dos poderes e a Declaração dos Direitos e Garantias Individuais – e as regras fragmentárias de natureza econômico-social que nele afloraram e não alcançaram a estruturação sistematizada do ordenamento econômico, matéria ignorada nos textos daquele constitucionalismo. A Constituição refletia o liberalismo político econômico.

Já o constitucionalismo moderno ampliou as dimensões da Constituição, alargando seu conteúdo material, na medida em que introduziu em seu texto a chamada ordem econômica. As Constituições do México de 1.917 e da Alemanha de 1.919 foram precursoras ao incorporarem em seu corpo matéria relativa à ordem econômica, alargando a matéria e a dimensão da Constituição. Para Machado Horta¹⁵, tais Constituições inauguraram novo período constitucional, o do constitucionalismo moderno, uma vez que

refletem mutação operada na posição do Estado e da Sociedade em relação à atividade econômica, abandonando a neutralidade característica do Estado Liberal, para incorporar a versão ativa do Estado intervencionista, agente regulador da economia.

A Constituição econômica pode ser definida como um conjunto de princípios, critérios, valores e regras fundamentais que presidem a vida econômico-social de um país¹⁶. Segundo Elival da Silva Ramos¹⁷, a Constituição econômica "corresponde ao delineamento básico do sistema econômico ou produtivo", tendo por objetivo tratar dos fatores de produção e da relação entre iniciativa pública e iniciativa privada, estabelecendo o modelo econômico e a finalidade da economia.

Outrossim, a Constituição econômica pode ser classificada em formal e material. No que se refere à espécie denominada como formal, esta corresponde ao conjunto de normas, regras, e princípios inseridos na Constituição,

¹⁵ HORTA, op. cit., p. 254.

¹⁶ Para Gaspar Ariño, "se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económico-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Naturalmente, este □ □ orden económico constitucional □ □ no es una peiza aislada sino un elemento más dentro de la estructura básica de la ley fundamental." (**Economía y estado: crisis y reforma del sector público**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.95).

¹⁷ RAMOS, Elival da Silva. O estado na ordem econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003, p. 51.

pelo que, segundo Silva Ramos¹⁸ é "o conjunto de disposições contidas no documento constitucional, destinadas a regular a vida econômica".

Quanto ao seu aspecto material é, nos dizeres de Vital Moreira¹⁹, a "estrutura de relações sociais de produção traduzida em normas jurídicas". Ela pode estar formalmente na Constituição, mas também pode se apresentar de forma expandida, abarcando normas que não estão em tal texto, mas tratam dos quatro temas acima mencionados.

1.3 A ORDEM ECONÔMICA NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Carta Constitucional de 1988 não foi o primeiro documento deste porte a tecer considerações sobre a ordem econômica, cuja qual pode ser observada desde a Constituição de 1824, que embora não previsse especificamente um título acerca da ordem econômica, seu Art. 179, inc. XXII dispunha que:

É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso e emprego da propriedade do cidadão, será ele previamente indenizado do valor dela. A lei marcará os casos em que terá lugar esta única exceção, e dará as regras para se determinar a indenização.

Já a Constituição Republicana, promulgada em 1.891, em seu Art. 72, § 24, garantia a liberdade a qualquer tipo de profissão moral, intelectual e industrial.

Ademais, a criação de um capítulo exclusivamente voltado para a ordem econômica brasileira deu-se em 1934, quando o constituinte previu no Art. 115 da Carta Constitucional que:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é assegurada a liberdade econômica.

¹⁸ RAMOS, op. cit., p. 50.

¹⁹ MOREIRA, op. cit., p. 69.

Observa-se que, à época, um caráter intervencionista do Estado na ordem econômica brasileira, pois já no artigo seguinte a Carta dispunha que a União poderia monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, por motivo de interesse público.

O Texto Constitucional de 1.937, além de manter os princípios para a ordem econômica, autorizava o exercício de atividade individual e a intervenção no domínio econômico, de maneira mediata ou imediata, que vinha a revestir a forma de controle, da gestão direta, ou do estímulo.

Em 1.946, o constituinte pretendeu, por meio do Texto, consolidar o sistema capitalista como princípio econômico, que, de acordo com o Art. 145, dispunha: “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.

A outro, foi mantido o dispositivo introduzido em 1.934, que vez que o Art. 146 determinava que:

A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

A Constituição Federal de 1.967 manteve os preceitos da ordem econômica previstos em 1.946, somente acrescentando como princípios da ordem econômica: a harmonia e a solidariedade entre os fatores de produção. Todavia, foi gerada uma instabilidade com a introdução no Texto do Art. 157, § 8º, cujo qual permitia ao Estado, por meio de lei federal, que institísse monopólio por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que se mostrasse ineficiente dentro do regime de competição e de livre iniciativa.

Neste diapasão, a Constituição de 1.988 pode ser considerada como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil uma vez que consolida a ruptura com o regime autoritário militar, caracterizado, segundo Flávia Piovesan²⁰, "pela supressão de direitos

²⁰ PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 45, p. 216/236. São Paulo: RT, out-dez/2003, p. 216.

constitucionais, pela hipertrofia do Poder Executivo em relação aos demais Poderes e pelo centralismo federativo na União, em detrimento da autonomia dos Estados".

Logo, além de expandir consideravelmente os direitos sociais, a Constituição de 1988 dispôs sobre a Ordem Econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Para a mesma Flávia Piovesan²¹ o sistema constitucional de 1988 traz o delineamento de um Estado Intervencionista, voltado ao bem-estar social, na medida em que reforça a idéia de que a participação estatal é imprescindível sob muitos aspectos, em especial no campo social.

Desta forma, como corolário do exposto, lembra Raul Machado Horta²² que a Ordem Econômica, identificando setor próprio e um conjunto de regras de conteúdo econômico, ingressou no domínio da matéria constitucional brasileira associada à Ordem Social a partir da Constituição Federal de 1934.

A Constituição de 1988 separou a Ordem Social da Ordem Econômica, sendo que a esta agregou-se o Sistema Financeiro Nacional, conforme estabelece seu Título VII. Analisando a realidade constitucional brasileira, Paulo Henrique Rocha Scott identifica dois elementos fundadores da *ordem econômica*: a valorização do trabalho e a livre iniciativa, asseverando, neste sentido, que

a sua presença no *caput* do artigo 170 da Constituição, cabe destacar, não consubstancia mero enunciado descritivo, mas a intenção clara de construção de uma norma condicionadora, por meio da qual ficassem legitimamente fixados - sem possibilidade de novos debates, novos questionamentos de ordem política e jurídica - os pontos de partida, os alicerces, o "lugar comum retórico de essência" sem o qual não se pode falar da existência de uma ordem econômica institucional brasileira.²³

É correto, pois, afirmar, que, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a Carta de 1988 aponta, em tese, para a estruturação do

²¹ "[...] a ordem econômica da Constituição de 1988 busca combinar a livre iniciativa e concorrência (arts. 1º, IV, e 170, IV) com a atuação do Estado, seja como agente normativo e regulador da atividade econômica, seja como agente econômico que desenvolve atividades estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do país (arts. 173 e 174, respectivamente). Compartilha-se da interpretação de Eros Roberto Grau, para quem o modelo definido na ordem econômica na Constituição de 1988 é um modelo aberto que, a partir de uma interpretação dinâmica, é capaz de instrumentalizar as mudanças da realidade social, podendo ser descrito como modelo de bem-estar" (op. cit. p. 224-225).

²² HORTA, op. cit., p.256.

²³ SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, p. 33.

sistema econômico descentralizado²⁴ ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização de trabalho e na livre iniciativa, consagrando os princípios da propriedade privada, ainda que compreendida em sua função social, e da livre concorrência (Art. 170, *caput*, e incisos II, III e IV).

Ressalte-se que a garantia do direito de propriedade perpassa inúmeros dispositivos da declaração de direitos, previstos no Título II da Carta Maior, compreendendo a propriedade dos meios de produção, inclusive a terra, a propriedade dita intelectual e até mesmo o direito de herança.

Neste sentido, o Art. 5º, inciso XIII, declara "livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" e o inciso XVIII do mesmo artigo conjuga a liberdade de empresa com a liberdade de associação, no sentido de propiciar a organização empresarial de feições societárias.

No entanto, como bem lembra Elival da Silva Ramos, para que seja possível alcançar os objetivos fundamentais previstos no Art. 3º da Carta de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e reduzir as desigualdades sociais e regionais), instrumentalizados, em parte, pela efetivação dos direitos sociais previstos do art. 6.º, *caput*, da Constituição, há necessidade "de uma ampla e coordenada atuação do Estado, na ordem econômica, a qual, efetivamente, é agasalhada no título pertinente".²⁵

Desta forma, a Carta de 1988, diversamente daquelas que a antecederam, conferiu ao Poder Público competência para planejar a atividade econômica global, sendo esse planejamento, em tese, meramente indicativo para o setor privado, porém determinante para o setor público, bem como conferiu, ainda, ao Poder Público, no campo da atividade regulatória estatal, competência para reprimir o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

²⁴ O modelo econômico descentralizado baseia-se no princípio do *free market*, melhor dizendo, fundamenta-se em um esquema multipolar, no qual existem múltiplos centros de produção das irradiações no mercado. Neste modelo, o mercado não depende de um plano econômico, mas da oferta e da procura. Ao contrário do modelo centralizado, privilegia-se e prestigia-se a empresa, que é a unidade econômica de produção, cabendo ao Estado apenas uma intervenção indireta e global, com vistas a resguardar o equilíbrio econômico exigido pelo *free market*.

²⁵ RAMOS, op. cit., p.54.

Além disso, há que se destacar a atividade estatal de fomento, genericamente mencionada no *caput* do Art. 174 (incentivo), com desdobramento para alguns empreendimentos específicos nos §§ 2º, 3º e 4º desse mesmo dispositivo, o que, até mesmo, pode levar à ideia da coexistência de valores do liberalismo e do socialismo econômicos na Constituição de 1988.

Paulo Henrique Rocha Scott²⁶, ao comentar o Art. 170 e seus incisos, observa que existe, nesses dispositivos, uma composição de valores provenientes de diversas ideologias, algumas liberalistas e outras socialistas, o que poderia, para alguns, representar tão somente uma

tentativa infrutífera de conciliação de projetos e objetivos opostos, cuja maior consequência seria apenas a de gerar uma situação de conflito entre os muitos interesses dos grupos e classes que compõem a estrutura social, mas que, contrariamente, expressa a variedade de interesses e posturas ideológicas que estiveram presentes no processo constituinte para possibilitar uma consolidação normativa útil, formadora de uma única ordem econômica brasileira.

Toda via, para referido autor, na realidade essa contradição

sequer existe, não podendo, por isso, servir de argumento inviabilizador da normatividade pretendida pelo artigo 170 da CF, nem da sua implementação pelos diversos grupos sociais, hegemônicos ou não da política dominante.²⁷

José Afonso da Silva²⁸, ao tratar da ordem econômica, ressalta que são os elementos sócio-ideológicos que revelam o caráter de compromisso das constituições modernas entre o Estado liberal – que consagra uma declaração de direitos do homem com a finalidade de proteger o indivíduo contra a usurpação e abusos do poder - e o Estado social intervencionista – que busca suavizar as injustiças e opressões econômicas e sociais. Do embate entre estas duas ideologias, surgem, nos textos constitucionais, princípios de direitos econômicos e sociais, formando o chamado conteúdo social das constituições.

²⁶ SCOTT, op. cit., p. 90-91.

²⁷ SCOTT, op. cit., p. 91.

²⁸ SILVA, José Afonso da Silva. **Manual da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.763.

Apesar desta aparente contradição da Carta de 1.988, para José Afonso da Silva, não significa a adoção de outro sistema econômico que não o capitalista, posto que, no Brasil, a Ordem Econômica está apoiada inteiramente na apropriação privada dos meios de produção e na iniciativa privada (Art. 170), o que

caracteriza o *modo de produção capitalista*, que não deixa de ser tal por eventual ingerência do Estado na economia nem por circunstancial exploração direta de atividade econômica pelo Estado e possível monopolização de alguma área econômica, porque essa atuação estatal ainda se insere no princípio básico do capitalismo que é a apropriação exclusiva por uma classe dos meios de produção, e, como é essa mesma classe que domina o aparelho estatal, a participação deste na economia atende a interesses da classe dominante.²⁹

Sob esse ponto de vista, a atuação do Estado é apenas uma tentativa de inserir ordem na vida econômica e social, através da imposição de condicionamentos à atividade econômica, não sendo correto afirmar que se beneficiem as classes populares, vez que a função do Estado "consiste em racionalizar a vida econômica, com o que se criam condições de expansão do capitalismo monopolista, se é que tudo já não seja efeito deste".³⁰

Celso Ribeiro Bastos também observa esta aparente contradição na Carta de 1.988, afirmando que o Título VII da Constituição Federal contém normas disciplinadoras de comportamentos diametralmente opostos, no âmbito da atividade econômica, uma vez que o texto constitucional alberga, no Art. 170, os princípios da livre iniciativa (*caput*) e o da livre concorrência (inciso IV), ao mesmo tempo em que acata e mantém um setor monopolizado pela União (Art. 177). Tal fato decorre do entrechoque das tendências ideológicas que contribuíram para a elaboração da Carta Política de 1.988 e aponta para a necessidade de alterações que, segundo o autor, vão ajustando seus preceitos aos fins maiores preconizados pelo Texto Constitucional, contribuindo não só para sua permanência como um todo sistêmico, mas conferindo mais racionalidade ao próprio entendimento de sua teleologia, fundamento de uma ordem jurídica homogênea.³¹

²⁹ SILVA, op. cit., p. 762.

³⁰ Ibidem.

³¹ BASTOS, Celso. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 38-39.

Assim, para a compreensão do Texto Constitucional deve-se conferir primazia aos princípios gerais, interpretando-se as exceções em seus estritos limites. Eros Roberto Grau³² afirma que, sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas, pois, caso contrário, estaríamos admitindo o absurdo de que na Constituição de 1988 haveriam duas ordens econômicas, uma neoliberal e outra intervencionista e dirigista. Para elucidação deste ponto, o autor parte da identificação dos princípios constitucionais, assim enumerados:

- a *dignidade da pessoa humana* como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);
- os *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e - *valorização do trabalho humano e livre iniciativa* - como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*);
- a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I);
- o *garantir o desenvolvimento nacional* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, II);
- a *erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais* como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III) - a *redução das desigualdades regionais e sociais* também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII);
- a *liberdade de associação profissional ou sindical* (art. 8º); - a *garantia do direito de greve* (art. 9º);
- a *sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social* (art. 170, *caput*);
- a *soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte*, todos princípios enunciados nos incisos do art. 170;
- a *integração do mercado interno ao patrimônio nacional* (art. 219).³³

³² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.173.

³³ GRAU, op. cit., p. 174.

Além desses princípios, Eros Roberto Grau ressalta a importância dos *princípios gerais* não positivados, dentre eles o *princípio da ordenação normativa através do Direito Econômico*, cujo primeiro passo no sentido de sua concreção é consignado no Art. 24, inc. I do Texto Constitucional. A partir da interação de tais princípios pode-se afirmar que a Ordem Econômica na Constituição de 1.988 define uma opção pelo sistema capitalista.

Com relação ao modelo econômico, Eros Roberto Grau conclui que a Constituição de 1.988, em que pese lastreada em uma estrutura administrativa claramente neoliberal, projeta a instalação de uma sociedade estruturada segundo o modelo do *Welfare State*, visando, justamente, à consolidação da democracia. Para ele "há um modelo econômico definido na ordem econômica na Constituição de 1988, desenhado na afirmação de pontos de proteção contra modificações extremas" que descreve "como modelo de bem-estar".³⁴

Há que se ter em vista que entre direitos econômicos, sociais e culturais e direitos, liberdades e garantias possuem uma relação indissociável e reflexiva, no sentido de comunicar-se uns aos outros de forma integradora e permanente, não se podendo admitir analisa-los de forma individualizada ou dissociada dos demais.

Desta forma, o Estado, enquanto distribuidor de prestações sociais, surge diante da incapacidade do mercado de, isoladamente, conduzir a uma distribuição/redistribuição justa dos "bens sociais". Torna-se necessário, pois, em uma sociedade democrática, o exercício, pelo Estado, de uma atividade conformadora e planificadora das estruturas sócio-econômicas, cuja qual, todavia, não se pode exercer de maneira ofensiva aos direitos e garantias individuais acima estabelecidos, fazendo-se necessária, portanto, a aludida dialeticidade asseverada anteriormente.

Abandonando-se, assim, a crença no sistema de mercado como regulador de si mesmo, passa-se, especialmente em razão dos últimos acontecimentos ocorridos no mercado global, até mesmo a exigir uma intervenção do Estado, como agente necessário ao bom funcionamento e ao equilíbrio necessário ao sistema econômico, chegando-se a um modelo econômico misto, que, segundo José Paschoal Rossetti, passou a ser adotado "exatamente para superar

³⁴ GRAU, op. cit., p. 268-269.

os problemas gerados pelos extremos do *liberalismo sem planejamento* e da *planificação sem liberdade*".³⁵

1.4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELATIVOS À ORDEM ECONÔMICA

Considerando a aparente contradição existente no campo relativo à Ordem Econômica, especialmente no que se refere à livre iniciativa e à valorização do trabalho humano, faz-se necessário estudo dos princípios que permeiam a Constituição Federal vigente atinentes, de forma mais direta, ao tema objeto deste estudo.

Assim, primeiramente cabe observar que os princípios, como se sabe, são preceitos norteadores de todo o sistema jurídico, de sorte que contrariar um princípio é alijar o sistema da coerência, da retidão, gerando um defeito avesso ao conjunto. Nas palavras de RIZZATTO³⁶:

Embora os princípios e as normas tenham a mesma estrutura lógica, aqueles têm mais pujança axiológica do que estas. São, pois, normas qualificadas, que ocupam posição de destaque no mundo jurídico, orientando e condicionando a aplicação de todas as demais normas.

Tratam-se, desta forma, de mandamentos gerais que devem ser a fonte na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Daí a importância do estudo destes princípios para que se possa entender qual o sistema econômico que o legislador constitucional desenhou na estrutura jurídica brasileira. Sendo, portanto, "linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão dos seguimentos normativos, imprimindo-lhes um caráter de unidade relativa e servindo de agregação a um feixe de normas".³⁷

Neste sentido, outro não é o posicionamento de Paulo Bonavides³⁸, para quem os princípios:

³⁵ apud TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003. p. 45.

³⁶ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 10.

³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 90.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 110.

[...] não só exprimem determinados valores essenciais – valores políticos e ideológicos – senão que informam e perpassam toda a ordem constitucional, imprimindo assim ao sistema sua feição particular, identificável, inconfundível, sem a qual a Constituição seria um corpo sem vida, de reconhecimento duvidoso, senão impossível.

Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por tal razão, subordinam toda a ação no âmbito do Estado, bem como a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Desta feita, a Ordem Econômica, e seus agentes, privados ou públicos, estão vinculados, dentre outros, mas principalmente, a dois desses bens (princípios), quais sejam, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa de todos.

Neste sentido, dispõe o *caput* do Art. 170 da Constituição Federal vigente que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, deverá observar diversos princípios, dentre os quais enaltece o trabalho humano e a realização produtiva do homem, somando a isto sua liberdade de criação, bem como a autonomia para a realização desta produtividade. É esta faculdade que fundamenta o sistema capitalista no Brasil.

De mais a mais, a atividade econômica não é um fim em si mesma, mas sim um meio em cujo qual seu exercício deverá ser direcionado para garantir a todos uma existência digna, buscando, sempre, a justiça social. Isto demonstra que houve, de certa maneira, uma inversão da ordem de valores: a dignidade da pessoa humana passa a ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito permeando o tecido social, e respeitando, assim, o ser humano em toda a sua plenitude.

Desta forma, denota-se, pelos princípios que norteiam a Ordem Econômica, que há o desejo social de uma nítida intervenção do Estado para conduzir o exercício da atividade econômica e preservar o bem comum. Do ponto de vista econômico, Vasconcelos e Garcia³⁹ justificam esta intervenção nos seguintes termos:

³⁹ VASCONCELOS, Marco Antonio S.; GARCIA, Manuel E. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 24.

[...] A intervenção governamental nos mercados se apóia nas chamadas “imperfeições de mercado” – externalidades, informação imperfeita e poder de monopólio. As externalidades ou economias externas se observam quando a produção ou o consumo de um bem acarreta efeitos sobre outros indivíduos que não se refletem nos preços de mercado. As externalidades dão a base econômica para a criação de leis antipoluição, de restrições quanto ao uso da terra, de proteção ambiental etc.

Assim, o Estado intervém na atividade econômica sempre que seu exercício importe em desajustes sociais. Se, por exemplo, a produção de um determinado produto ameaçar o ecossistema de uma região, medidas deverão ser adotadas pelas empresas para eliminar estes riscos ou que os amenize. Neste caso, o bem-estar da sociedade é um valor maior a ser considerado pelo Estado, que agirá coercitivamente para que sejam cumpridas as normas jurídicas de proteção à sociedade. Esta intervenção estatal dar-se-á, como será exposto em momento oportuno, por meio da normatização e regulação da atividade econômica. A sua responsabilidade é de fiscalizar, incentivar e planejar buscando a isonomia entre os entes federativos (Art. 174, CF).

Para fins metodológicos, em que pese a profunda importância de cada um dos princípios atinentes ao tema, o presente estudo, tendo em vista a problematização apresentada, além dos princípios basilares previstos no “caput” do aludido Art. 170, dará maior ênfase à defesa da propriedade privada e à livre concorrência, sem deixar de mencionar, desde logo, que os demais princípios são tão importantes quanto os acima citados.

Desta feita, destaque-se inicialmente que, no que se refere ao primeiro dos princípios basilares previstos no “caput” do Art. 170 da Carta Constitucional vigente, cuja qual cuidou de concretizar o princípio da valorização do trabalho humano em regras expressas por todo seu corpo, especialmente ao observar-se que o fundamento da tal proteção e valorização encontra fundamento na própria idéia de dignidade da pessoa humana.

Outrossim, no que se refere ao segundo princípio disposto preambularmente pelo Art. 170, ou seja, a livre iniciativa, este pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles contidos no próprio Texto Constitucional, pressupondo, em primeiro lugar, a existência da propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e meios de produção, bem como o núcleo da idéia de iniciativa a liberdade de empresa, constante no parágrafo único do Art.

170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei.

Ademais, situa-se a livre concorrência como lastro para a faculdade do empreendedor estabelecer seus preços, que não de ser determinados pelo mercado, através de ambiente competitivo. Além disso, é da essência do regime da livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo, neste sentido, a lição de Ana Roque⁴⁰:

Assim, é correta a afirmação de que a concorrência se tornou uma dimensão essencial do mercado, resultando na liberalização do mercado, na necessidade de serem postas em prática políticas e leis da concorrência sólidas e eficazes, já que constituem os instrumentos essenciais para se assegurar o bom funcionamento do mercado e a proteção dos consumidores.

Assim, visto que o princípio basilar da livre iniciativa encontra seu supedâneo no princípio da propriedade privada, contemplado inicialmente no Art. 5º, inc. XXII, da Carta Constitucional de 1.988, cujo qual garante aos indivíduos nacionais que sua propriedade é de responsabilidade pessoal de cada um. Neste caso, o Estado não tem poderes para interferir, sem justos motivos, no que se pode afirmar que seja a mola mestra da atividade econômica do País. Entretanto, este princípio é apresentado no Art. 5º de maneira abrangente, sendo que com maior especificidade, o Art. 170 aborda a questão da propriedade privada, sob o aspecto dos meios de produção, inseridos na ordem econômica e financeira.

Neste sentido deve-se observar a seguinte lição de André Ramos Tavares⁴¹, para quem:

[...] de acordo com a orientação capitalista seguida pelo constituinte, o princípio do respeito à propriedade privada, especialmente dos bens de produção, propriedade sobre a qual se funda o capitalismo, temperado, contudo, de acordo com o inc. IV, pela necessária observância à função social, a ser igualmente aplicada à propriedade dos bens de produção.

⁴⁰ ROQUE, Ana. **Regulação do mercado: novas tendências**. Lisboa: Quid Júris, 2004. p. 33-35.

⁴¹ TAVARES, op. cit., p. 156.

Nota-se que a propriedade contemplada no Art. 5º da CF/88, caracteriza-se como de caráter geral, na qual o proprietário de alguma coisa tem o direito de usufruir, dispor, de reavê-lo se estiver em poder de outrem, cuja qual se refere a um conjunto de bens componentes do estabelecimento empresarial, de acordo com o que estabelece o Art. 1142 do Código Civil vigente, no qual “considera-se estabelecimento todo o complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Neste caso, a ordem econômica resguarda especificamente a propriedade dos fatores de produção, sustentáculo do sistema capitalista.

De mais a mais, a propriedade privada é condição inerente à livre iniciativa e lugar de sua expansão, além de direito individual constitucionalmente assegurado, tendo como função assegurar a todos os agentes que atuam ou pretendam atuar na ordem econômica a possibilidade de apropriação privada dos bens e meios de produção, mas, ao mesmo tempo, impõe a estes o respeito à propriedade alheia, bem como limita a ação do Estado, que só poderá restringir o direito à propriedade nas hipóteses autorizadas pelo próprio Texto Constitucional.

Outrossim, a Constituição supera a individualidade da propriedade, ao estabelecer que, na ordem econômica, esta deverá ter uma função social, cujo conceito é relativamente difuso, mas abriga ideias centrais como aproveitamento racional, utilização adequada dos meios naturais, preservação do meio ambiente, bem-estar comunitário etc.

Ademais, deve-se destacar que o princípio da livre iniciativa garante a autonomia privada em relação ao Estado, que não pode exigir sua autorização para que o particular exerça atividade econômica.

Aludido princípio tem ainda, como complemento, o princípio da livre concorrência. Trata-se de princípio que deve ser exigido das empresas que exploram determinada área econômica. Neste sentido cabe destacar o fato da Constituição Federal prever expressamente punições para comportamentos anti-concorrenciais, “in verbis”:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

[...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Conquanto este princípio estimule a livre concorrência, é certo que determinadas atividades são exercidas exclusivamente pelo Estado, caracterizando o seu monopólio sobre sua exploração, privilegiando-se assim a soberania e, sobretudo, a segurança nacional.

Neste sentido, o constituinte observou a necessidade de esforços no sentido de incentivar a presença contínua e em massa de empresas particulares que tenham condições financeiras e econômicas, bem como o desejo de participar conjuntamente com o País, do desenvolvimento, do progresso, oferecendo para tal, condições de garantir força necessária para atuação, entretanto, sem olvidar-se da livre concorrência. Sobre o tema estabelece BASTOS que:

A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. [...] Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais.⁴²

Outrossim, cabe destacar que a preocupação com a livre concorrência não converge apenas para a proteção do empreendedor, mas, sobretudo, do mercado consumidor, funcionando, desta maneira, como complemento ao princípio referente à proteção do mercado consumidor. Neste sentido destaque-se a lição de Rizzato⁴³, veja-se:

⁴² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 807.

⁴³ RIZZATO, op. cit., p. 63.

A livre concorrência é essencialmente uma garantia do consumidor e do mercado. Ela significa que o explorador tem de oferecer ao consumidor produtos e serviços melhores que os de seu concorrente. Essa obrigação é posta ad infinitum, de forma que sempre haja melhora. Evidente que esse processo de concorrência se faz não só pela qualidade, mas também por seu parceiro necessário: o preço. Todo elemento concorrencial na luta pelo consumidor é o duplo “qualidade/preço”.

Ainda segundo este princípio constitucional, aqueles que atuam na atividade econômica tem o direito de livre concorrência, ou seja, a competição entre si, visando alcançar um lugar no mercado, sem que haja intervenção do Estado sem justo motivo. Em outras palavras, o Estado não pode atuar na proibição ou discriminação injusta de determinada atividade econômica, sem estar justamente fundamentado para isso.

Sob outro vértice, positivamente, este princípio sugere que o Estado promova incentivos aos participantes da atividade econômica, desde que estes cumpram com suas obrigações legais, na atuação da sustentação da sobrevivência dos indivíduos.

Aliás, como corolário de tal princípio, em igual complementação ao princípio da dignidade da pessoa humana, decorre a proteção ao consumidor, uma vez que a produção de bens em serviços não é um fim em si mesma, nem tampouco existe apenas para gerar lucro aos agentes econômicos, mas sim é realizada visando o consumo, haja vista que a riqueza produzida por um país só tem sentido se distribuída entre as pessoas, estejam elas na qualidade de consumidoras, trabalhadores, empresários, autônomos, enfim, no âmbito econômico.

Assim, o princípio da livre concorrência, expressão da opção pela economia de mercado, aliado à liberdade de escolha dos consumidores, acarretará melhores resultados sociais, tais como qualidades dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo em situações pontuais. Em suma: a opção por uma economia capitalista se funda na crença de que o método mais eficiente de assegurar a satisfação dos interesses do consumidor de uma forma geral é através de um mercado em condições de livre concorrência, especialmente no que diz respeito a preços.

Entretanto, a experiência demonstra que o sistema de auto-regulamentação do mercado nem sempre é eficaz em relação a um conjunto de

outros aspectos dos produtos e serviços, tais como qualidade, segurança e veracidade das informações ao consumidor etc., decorrendo daí a necessidade de regulamentação específica para proteção ao consumidor.

Do mesmo modo, a atividade econômica não pode ignorar os riscos que ela acarreta ao meio ambiente. O desenvolvimento econômico deve ocorrer de forma sustentável, sendo seus limites definidos pelo grau de ameaça ao planeta como um todo. Não basta suprir apenas necessidades momentâneas de forma desmedida, deve-se ter em conta a preocupação com as gerações presentes e futuras.

Desta forma, tem-se que a exploração dos recursos naturais deve ser controlada pelo Estado, a qual, aliás, pelo que determina a Constituição Federal também é dever da coletividade, no sentido de defender o meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225⁴⁴), tipificando, aliás, condutas lesivas ao meio ambiente como criminosas.

O agente econômico, público ou privado, não pode destruir o meio ambiente a pretexto de exercer seu direito constitucionalmente tutelado da livre iniciativa. Um ambiente saudável é o limite ao livre exercício da atividade econômica e, para defendê-lo e garantir a sadia qualidade de vida da população, o Estado tem o poder-dever de intervir na atuação empresarial, mediante a edição de leis e regulamentos que visem a promover o desenvolvimento sustentado.⁴⁵

Outrossim, o princípio da defesa do meio ambiente remete a outros dois: propriedade e função social da propriedade. Ao descrever estes dois princípios sucessivamente, o legislador constitucional demonstra a sua preocupação em garantir o respeito ao direito à propriedade privada, mas, logo a seguir, a função social desta.

Por fim, e como dito não menos importantes, há ainda os que se denomina de “princípios fins”, que delineiam os objetivos que, como produto final, a ordem econômica deverá atingir, que são a redução das desigualdades regionais e

⁴⁴ Todos têm direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as presentes e futuras gerações.

⁴⁵ Maria Helena Diniz (in: *Dicionário Jurídico*, vol 2, 1998, p. 94), define a já célebre expressão nos seguintes termos: “desenvolvimento sustentado. *Direito Internacional Público*. Segundo a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e desenvolvimento, é aquele que visa atender às necessidades do presente, sem que se comprometa a capacidade da futura geração de satisfazer as próprias necessidades”. Observe-se que os deveres do Estado para com a preservação do meio-ambiente não se restringem à regulação das atividades econômicas.

sociais; a busca pelo pleno emprego; a existência digna para todos; e a expansão das empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Cada um destes princípios descreve uma realidade fática desejada pelo constituinte, que pretende o fortalecimento das empresas brasileiras de pequeno porte, admitindo, então, tratamento favorecido a estas por parte do Estado. Além disso, a Constituição harmoniza os objetivos da Ordem Econômica com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes no Art. 3º da Carta, onde igualmente encontram-se a erradicação da pobreza e marginalização, além da diminuição das desigualdades sociais e regionais, com a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

CAPÍTULO II

A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Ultrapassado o capítulo primeiro, onde demonstrou-se as influências neoliberais na construção da ordem prevista no Texto Constitucional, em contraposição aos ideais socializantes preconizados pelo pensamento intervencionista posteriores à II Grande Guerra Mundial, este segundo capítulo retratará, primeiramente, a forma como se pautam as relações entre o Estado e a Economia, de sorte a, em ato contínuo, observar como isso desenrola-se.

Neste sentido, este segundo capítulo demonstrará que, apesar da possível intervenção do Estado na Ordem Econômica, nos termos previstos pelo próprio Texto Constitucional, tal intervenção não pode ocorrer de forma aleatória, mas sim dentro de determinados parâmetros e limites, sob as penas constantes na Carta Maior.

Com efeito, ao analisar os estreitos limites da atividade interventiva estatal no domínio econômico, demonstrar-se-á as duas principais teorias previstas pelos Tribunais superiores, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que versam sobre o tema: análise econômica do Direito e razões de Estado.

A primeira, que demonstra que o Direito deve ser analisado e interpretado de forma a coincidir com os interesses econômicos do Estado, sejam eles primários ou secundários, mesmo que sejam de forma colidentes com os princípios e demais regras previstas pelo ordenamento jurídico pátrio. Já a segunda teoria, razões de Estado, demonstrará que não se pode utilizar de fundamentos não jurídicos, tais como previsto pela análise econômica do Direito, para deturpar as regras e princípios previstos na ordem jurídica brasileira.

Ao depois, analisar-se-á as formas pelas quais o Estado poderá intervir na Ordem Econômica, demonstrando-se, de maneira mais completa, a intervenção por meio de controle de preços, objeto maior deste estudo, demonstrando-se, inclusive, os parâmetros e limites que esta deve ocorrer.

2.1 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA JURÍDICO E O PROCESSO ECONÔMICO

Tendo em conta o que já foi apresentado até o presente momento, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado Brasileiro passou a ter como fundamento maior o princípio da dignidade da pessoa humana e a realização da justiça social.

Desta forma, a conduta dos governantes, considerando sua escolha por meio do sufrágio universal, consoante previsto pela Carta Magna, é pautada por uma série de princípios informadores, cujos quais, dentre outros, buscam a realização da justiça social e a concretização da dignidade da pessoa humana, sendo certo que, como nas palavras de Juarez Freitas⁴⁶:

[...] cada preceito deve ser visto como parte de um todo, eis que apenas no exame do conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso, quando se almeja uma bem fundamentada hierarquização tópica dos princípios tidos como proeminentes. Com efeito, ao hierarquizar prudencialmente princípios, regras e valores, a interpretação tópico-sistemática opera escalonando-os, renovando os seus significados, e, quando configurada qualquer antinomia lesiva ou para evitá-la, os princípios devem ocupar o lugar de diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, situando-se na base e no ápice do sistema, vale dizer, atuando como fundamento e cúpula do mesmo.

As relações sociais, por serem dinâmicas, impõem que os sistemas ou subsistemas permaneçam se adaptando às realidades que vão se constituindo. E para isso devem se interligar sempre. Diz-se, por essa razão, que o sistema social é um todo, servindo o sistema jurídico como a base para a interação que existe entre os componentes do sistema social global. Por tais fundamentos, um sistema social eficiente será aquele que se mantiver aberto cognitivamente aos demais sistemas sociais, mantendo-se o que alguns denominam de *autopoiese*, uma troca sucessiva de mensagens entre os sistemas. Caso contrário, haverá sistemas fechados que sucumbirão à entropia. E os sistemas necessitam comunicar-se, trocando

⁴⁶ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70-71.

informações. Sobre os relações que caracterizam a ciência do Direito, observe-se a lição de Lafayette Josué Petter⁴⁷:

As configurações hipotéticas que consubstanciam o sistema jurídico, tomadas em consideração ao caso concreto que se pretende solucionar, permitem, através da utilização de lógicas dedutivas empíricas, embora não somente com estas, alcançar a desejada unidade hierarquizada. Por isso que, na ascensão do abstrato normativo rumo ao concreto e incentivado por uma referência harmonizante de soluções que não sejam apenas *ad hoc*, o intérprete sistemático deve cogitar sempre da universalização das mesmas, ciente de que cada escolha traduz-se numa máxima que deve aspirar ser expandida sem se contradizer, sob pena de colocar em risco a unidade. Por outro lado, dada a abertura que caracteriza o sistema jurídico, é fácil entender por que a norma jurídica é mais do que uma proposição lógica de natureza forma. Trata-se na verdade, de uma realidade cultural, pois nela e através dela se compõem os conflitos de interesses. Não é mero instrumento técnico de medida do plano ético da conduta, mas sintética fórmula normativa onde se integram renovadas tensões fático-axiológicas, segundo razões de oportunidade e prudência. A percepção da abertura do sistema jurídico é possivelmente a essência do fenômeno jurídico, um fenômeno situado no processo da História e por isso mutável.

De mais a mais, para que a justiça social seja alcançada, o Estado necessita do auxílio da Economia, na medida em que é a ciência econômica quem desenvolve os estudos acerca dos fatos econômicos capazes de gerar a riqueza necessária para o desenvolvimento da sociedade, seja através de políticas públicas desenvolvidas pelo estado, seja através da própria iniciativa privada, a qual, na maioria das vezes é regulamentada, direta ou indiretamente, pela atuação estatal. Por conseguinte, segundo André Elali⁴⁸:

Os sistemas jurídico e econômico mantêm uma relação de grande importância, pois enquanto o primeiro serve de instrumento para a busca de determinados objetivos, o segundo representa a realidade. Pode, todavia, o sistema jurídico, em não aceitando a realidade econômica, impor mudanças, estabelecendo mecanismos para resolver os conflitos sociais, como pretendeu a Constituição de 1988.

⁴⁷ PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: RT, 2005. p. 115.

⁴⁸ ELALI, André. **Tributação e regulação econômica**: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais. São Paulo: MP, 2007. p. 41.

O problema é que o direito não tem força suficiente para mudar, por si só, a realidade econômica; antes, deve servir de instrumento, outorgando possibilidades ao sistema econômico, para a reunião dos componentes da economia e da sociedade.

É a economia, portanto,

que estuda como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar os recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas.⁴⁹

Outrossim, sistema econômico, segundo o que leciona João Bosco Leopoldino da Fonseca⁵⁰:

[...] deve ser visto como conjunto coerente de estruturas econômicas, institucionais, jurídicas, sociais e mentais organizadas em vista de assegurar a realização de um certo número de objetivos econômicos (equilíbrio, crescimento, repartição, etc...). O sistema econômico caracteriza, no plano teórico ou ideal, o espírito, a forma e a técnica da atividade econômica de uma Nação. H[a um grande número de classificação dos sistemas.

Já segundo Fábio Nusdeo⁵¹:

Por sistema econômico podem existir duas acepções: uma que tem a conotação de conjunto das atividades econômicas de uma comunidade e outra que representa o conjunto orgânico de instituições, através do qual a sociedade irá enfrentar ou equacionar o seu problema econômico, relacionando-se, pois, com o problema da escassez de recursos.

⁴⁹ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 2.

⁵⁰ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 52.

⁵¹ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 3.ed. São Paulo: RT, 2001. p. 97.

Por conseguinte, se o sistema jurídico serve de instrumento para a realização das atividades e das relações econômicas, as suas normas devem possibilitar a ocorrência de tais relações, limitando liberdades e outorgando condições propícias aos agentes econômicos. Conseqüentemente, se é a economia uma ciência pautada pela racionalidade, devem as normas jurídicas ser examinadas considerando-se os seus efeitos sobre o fenômeno econômico.⁵²

Assim, o Direito, enquanto instrumento regulador das condutas sociais, como ciência deontológica do mundo do *dever ser*, analisa o fato econômico sob um aspecto normativo, regulando-o, na tentativa de se promover a justiça social. Essa inter-relação entre o Direito e a Economia auxilia o Estado na persecução de seus objetivos, possibilitando a dignidade da pessoa humana e a justiça social. Tem-se, desse modo, uma ordem econômica, baseada no conjunto de princípios explicativos da realidade econômica, ao lado de uma ordem jurídica, composta pelo conjunto de normas de conduta e que, ao se relacionarem, formalizam-se na ordem jurídico-econômica⁵³. Por conseguinte:

[...] se o propósito do sistema jurídico é a busca por uma ordem econômica e social razoável, o próprio sistema deve conceber condições para que os agentes econômicos exerçam o seu papel naquele desiderato. E é nesse ponto que se verifica a importância dos princípios jurídicos da ordem econômica, inseridos na Constituição de 1988. Deve o ordenamento, seguindo esse pensamento, facilitar o exercício dos comportamentos desejáveis.⁵⁴

Outrossim, embora a ordem econômica seja destinada ao conjunto de princípios que regem os fatos do mundo do ser econômico, a Constituição Federal estabelece os parâmetros para a regulação da ordem econômica, constituindo-se em uma ordem jurídico-econômica, na medida em que toma os fatos do mundo do ser e lhes aplica uma regra de conduta, transpassando-o para o mundo do *dever ser*⁵⁵. Neste sentido, estabelece Petter⁵⁶ que:

⁵² HELLER, Heinz Robert. **O sistema econômico**: uma introdução à teoria econômica. São Paulo: Atlas, 1977. p. 17.

⁵³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5.ed. São Paulo: LTR, 2003. p. 176-180.

⁵⁴ ELALI, André. op. cit., p. 42.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 50-52.

⁵⁶ PETTER, Lafayette Josué. op. cit., p. 71.

Como elemento tipicamente regulador, o Direito não pode desconhecer o dado econômico, porém deve captar e delinear o seu conteúdo, para disciplinar-lhe a finalidade. Nele não se asila ou resume. De fato, norteia-lhe o destino. Como assenta Assmann, o decisivo desafio para o Direito está na crescente interdependência do Estado e da Economia e no fortalecimento da atuação política por meio do Direito. Da mesma forma, uma ética econômica se faz tanto mais necessária quanto maior for a possibilidade técnica do homem de manipulação e submissão da natureza e, conseqüentemente, quanto maior for o seu poder para dispor dos meios que possam determinar uma dominação tecnológico-econômica sem precedentes na história das sociedades humanas.

Logo, observa-se a inclusão de normas versando sobre as atividades econômicas no Texto Constitucional, o que tem levado, como visto, muitos autores a denominá-la de Constituição Econômica⁵⁷, na medida em que traz os “princípios jurídicos fundamentais da organização econômica de determinada comunidade política”.⁵⁸

Desse modo, pode-se afirmar que a Constituição Federal, ao trazer princípios da ordem jurídica para regular a ordem econômica, além de denotar o caráter interventivo do Estado na economia, ao mesmo tempo limita-o, impondo tal restrição a apenas uma certa quantidade de circunstâncias e peculiaridades, cujas quais, obrigatoriamente, devem ser observadas, sob pena de serem aplicadas as sanções previstas no ordenamento jurídico pátrio, inclusive no próprio Texto Constitucional.

2.2 ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO

A princípio, antes de adentrar-se especificamente no estudo da maneira pela qual o Estado pode intervir no domínio econômico, deve-se destacar que apesar da política de defesa da ordem econômica ser relativamente antiga, o contato entre a análise econômica e análise antitruste, nos moldes em que hoje é compreendida, somente deu-se recentemente, em decorrência da necessidade das autoridades adotarem critérios mais objetivos na distinção dos atos admissíveis daqueles inadmissíveis.

⁵⁷ Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51; GRAU, Eros Roberto, op. cit. p. 62.

⁵⁸ VAZ, Manoel Afonso. **Direito econômico**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 121.

Assim, o desenvolvimento econômico e tecnológico do século XX levou a uma aproximação mais rápida entre Direito e Economia. Nos anos 50 (cinquenta), percebe-se que conceitos como de barreira à entrada, *market share*, dentro outros, há haviam sido incorporados, assim como, na década de 60 (sessenta) do século XX, essa linguagem já era comumente utilizada nos tributais.⁵⁹

A razão desses pontos de toque pode ser explicada pelo fato de que tanto o direito como a economia buscam maximizar seus resultados, como, por exemplo, pela busca de paz social em sentido amplo pelos aplicadores do Direito, como, igualmente, pela pretensão, dos operadores da economia, na otimização dos recursos disponíveis em prol de um maior ganho futuro.⁶⁰

Desta forma, pode-se dizer que a análise econômica do direito surge no início da década de sessenta, do século XX, bem como trouxe inovações à utilização dos conhecimentos da ciência econômica no campo do Direito. Merece destaque a inversão na sistemática que partia do Direito para a Economia, ou seja, partia-se das necessidades de fundamentação do Direito, no sentido de que, com a análise econômica do Direito passou-se a realizar a partir da Economia e de análise empíricas dos efeitos dos institutos jurídicos sobre a teoria econômica.

Outra inovação que merece destaque foi a proposta de não limitação da análise econômica do Direito em áreas específicas. Assim, a utilização da análise econômica deveria dar-se na aplicação de todas as regras jurídicas que não teriam que estar necessariamente relacionadas a finalidades econômicas.⁶¹

Outrossim, a análise econômica do Direito atualmente mais conhecida como *Law and Economics*, preceitua que conceitos oriundos da ciência econômica são utilizados com fins de solucionar conflitos de natureza jurídica. Para tanto, analisam-se as consequências geradas pelo ordenamento jurídico pátrio sobre a economia para se proceder a adequação dos institutos jurídicos aos critérios de racionalidade econômica, seja através da criação de normas mais adequadas aos

⁵⁹ COSTA, Marcos da; MENEZES Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 386.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira**. In TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. p. 143.

⁶¹ FLORENZANO, Vincenzo D. Teoria pura do direito versus análise econômica do direito: uma breve análise de supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, 2005, p. 256.

alcance dos resultados almejados pela teoria econômica seja através da modificação da interpretação do direito.

Assim, o órgão julgador, ao decidir pela aprovação ou não de atos que possam limitar ou prejudicar a concorrência, deve recorrer à análise econômica do Direito, para aferir se os ganhos provenientes dos atos que superam os proveitos oriundos da adoção de critérios rígidos de controle. Neste sentido é a lição de João Bosco Leopoldino⁶², veja-se:

As questões envolvidas nas relações de mercado, e mais particularmente as questões relativas à concentração, ao poder econômico e ao abuso deste poder, não podem ser resolvidas somente com base na Legislação, através de critérios meramente jurídicos. Ao decidir-se por uma opção, o homem deve fazer uma escolha e deve fazê-la racionalmente. Para a viabilização dessa escolha não bastam os instrumentos jurídicos; dever intervir também a economia como ciência da escolha racional.

Percebe-se, por conseguinte, que na análise econômica do Direito os juristas valem-se da Economia para aferir eficácia à legislação, não o contrário, cuja qual passa a ser vislumbrada como meio de maximização de riquezas. Cabendo, neste sentido, a lição de Gilberto Bercovici⁶³, veja-se:

Na atualidade, o papel do Estado na economia é cada vez mais contestado. Propõe-se um Estado neoliberal, pautado e condicionado pelo mercado, ou seja, a economia de mercado determina as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental. Criou-se todo um discurso sobre o fim do Estado ou a redução deste a um mero “ator local”. Apesar das tentativas de desmantelamento da denominada “revolução neoconservadora”, o Estado Social ou Intervencionista não foi substituído. Eliminar as funções assistencial e redistributiva do Estado seria deslegitimá-lo de maneira irreversível. Além disso, a chamada “crise do Estado Social” é uma crise que não se limita ao economicismo dos aspectos financeiros da atuação estatal, mas que diz respeito à própria sociedade, que deve definir a maneira pela qual quer organizar – nas palavras de François Ewald – o seu contrato social, e a democracia.

⁶² FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade dos atos que limitam a concorrência. **Revista de Direito Econômico**, n. 26, set/dez 1997.

⁶³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 65.

De outra forma, pode-se dizer que se objetiva com a análise econômica do Direito atingir a dois fins: o primeiro consiste na solução compensadora do desequilíbrio e dos danos causados pela transação de direitos entre os envolvidos; o segundo refere-se à maximização do bem-estar da riqueza e da sociedade, em sua busca pela eficiência.

Neste sentido, cumpre observar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao tema central deste estudo, como corte metodológico quanto ao tema do planejamento econômico através do controle de preços, conforme pode-se observar pela decisão que se colaciona a seguir, fruto do julgamento do Recurso Especial nº 79.937, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde observa-se inequivocamente a corroboração e concordância com a postura invasiva descomprometida com o ordenamento jurídico e direitos e garantias fundamentais, veja-se:

DIREITO ECONÔMICO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. TABELAMENTO. PREÇO ÚNICO. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. PLANOS ECONÔMICOS. IAA - Instituto do Alcool e do Açúcar. APURAÇÃO DE CUSTO DE PRODUÇÃO PELA FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. INDENIZAÇÃO PLEITEADA POR PREJUÍZO OCACIONADO POR POLÍTICA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS EM DESACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 9º DA Lei n.º 4.870/65.

I - O exercício da atividade estatal, na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para esse fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal; imprescindível a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de economia pública.

II - O tabelamento de preços não se confunde com o congelamento, que é política de conveniência do Estado, enquanto intervém no domínio econômico como órgão normativo e regulador do mercado, não havendo quebra do princípio da proporcionalidade ao tempo em que todo o setor produtivo sofreu as conseqüências de uma política econômica de forma ampla e genérica.

III- Apesar de inviável, em sede de recurso especial, a quantificação dos danos sofridos pelas usinas e engenhos de açúcar - com a fixação de preços únicos para o setor sucro-alcooleiro, decorrente de tabelamento de preço - porque implica em reexame de prova vedado pela Súmula n.º 07/Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a discussão da legalidade dos critérios exteriorizadores da defasagem do setor.

Aliás, imperioso ressaltar clara menção pela relatora da ementa acima transcrita, quando, para justificar a ilícita atuação estatal, encerra dentro de seu voto a Análise Econômica do Direito, conforme observa-se no seguinte trecho, veja-se:

[...] Conclui-se pela improcedência do pedido de indenização, porque o exercício da atividade estatal na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para este fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado, na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal, eis que, no caso em tela, era necessária a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de econômica pública. [...]

Desta forma, resta claro que a análise econômica do Direito, em que pese sua impropriedade face ao ordenamento jurídico vigente, encontra-se presente na realidade jurisprudencial pátria, pelo que deve ser, consoante oportunamente será apresentado, devidamente combatida através de raciocínio jurídico lastreado no corpo de leis, aqui em sentido amplo, existente no Brasil.

2.3 RAZÕES DE ESTADO

Como antítese ao movimento que litiga pela intervenção da ciência econômica na interpretação do Direito, pode-se citar, sem prejuízo de outras teorias aplicáveis, a resolução apresentada pelo estudo que combate a teoria que se denomina de “razões de Estado”.

Com efeito. Com o advento do Estado Democrático de Direito, imaginou-se que as razões do Estado poderiam vir a desaparecer, uma vez que se convertiam em via contrária a tal modelo de Estado. Entretanto, estas permanecem em todo o discurso juspublicista, especialmente nas áreas de Direito Econômico e Tributário.

A origem das razões de Estado, conforme explicitado por Bobbio, encontra seu fundamento na seguinte exposição, veja-se:

Para explicar este aspecto da *Razão de Estado*, é preciso partir da identificação dos momentos cruciais da história do Estado Moderno na Europa. Surge no final da Idade Média e primeiros séculos da Idade Moderna, com a progressiva concentração do poder – ou seja, com a tendência ao monopólio da força física (Max Weber) –, na autoridade suprema do Estado, que o subtrai às autoridades feudais, nobreza e livres comuns.⁶⁴

Desta forma, razão do Estado nada mais é do que

[...] uma espécie de *argumento invisível* que direciona a leitura do ordenamento jurídico, sob rótulos menos agressivos e mais simpáticos, como solidariedade social, bem comum, interesse público, bem geral, perda de arrecadação etc. ou, na maioria dos casos, sob a forma puramente invisível, na qual o decisor procura justificar que suavemente despreza princípios e regras de nosso ordenamento jurídico-tributário sob a alegação de que elas estão superadas ou merecem nova leitura no mundo moderno, ainda quando as condições e a realidade que as originaram não mudaram.⁶⁵

Por conseguinte, a razão do Estado consiste em pseudo-argumentos cuja intenção é fazer prevalecer a supremacia das razões (= interesses) políticas sobre as regras do direito e/ou da moral.

Logo, encontra-se tal supedâneo teórico nas alegações daqueles que agem em nome do Estado, mas o fazem de forma diversa daquela prevista no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, desrespeitam o Direito, de sorte a fazer prevalecer argumentos de ordem política ou econômica.

Desta feita, ao não premiarem a supremacia do ordenamento jurídico pátrio, sob pseudo-argumentações econômicas e/ou políticas, tais como, invariavelmente, ocorre na interpretação econômica do Direito, observa-se, à luz da teoria aqui discutida, as denominadas razões do Estado.

Neste sentido, cabe destacar que Maquiavel ficou conhecido por fazer apologia a este tipo de doutrina⁶⁶, de forma que a mesma ficou conhecida

⁶⁴ BOBBIO, Norberto (org.). **Dicionário de política**. 5.ed. Brasília: UNB, 2000. p. 1067.

⁶⁵ BIM, Eduardo Fortunato. **A inconstitucionalidade das razões de estado e o poder de tributar: violação ao Estado Democrático de Direito**. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 19., **Anais...** p. 39-64.

⁶⁶ “Por isso, um príncipe prudente não pode nem deve guardar a palavra dada quando isso se lhe torne prejudicial e quando as causas que o determinam cessem de existir. Se os homens todos fossem bons, este preceito seria mau. Mas, dado que são pérfidos e que não a observariam a teu respeito, também não és obrigado a cumpri-la para com eles. Jamais faltariam aos príncipes razões para dissimular quebra da fé jurada” (MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. trad. Lívio Xavier. São Paulo: Nova Cultural, 1996. p. 101-102. (Coleção Os Pensadores. Cap. XVIII)).

como “maquiavelismo”, constituindo-se tal nomenclatura até como sinônimo de razão do Estado, reconhecendo-se, assim, em tal autor as origens desta doutrina como máxima do agir político.

Nada obstante, as razões do Estado não surgem com Maquiavel, mas sim como meio de manutenção do próprio poder, sendo antiga prática utilizada por seus detentores, razão pela qual quando o poder vira um fim em si mesmo, institucionalizando-se, fazendo com que os governantes passem de detentores servos a detentores donos do poder, surge a razão, ou seja, o Estado passa a servir ao soberano e não este ao primeiro.

Há que se ter em conta ainda que, com a evolução do Estado de Direito para o Estado Constitucional, as razões do Estado também sofreram modificações, ou seja, elas não só sobreviveram à modernização do Estado de Direito como sofreram mutações junto com ele, apresentando-se, em cada situação, nas mais variadas formas. Desta forma, afirma BIM que

[...] tendo em vista seu caráter polimórfico, como veremos, as razões de Estado frequentemente aparecem com diferentes nomes na história: razões de governo, razões do poder, razões políticas, interesse público, bem comum, bem geral, interesse nacional, governabilidade etc.⁶⁷

Para conseguir dissipar a confusão propagada entre o interesse público e a razão do Estado, basta utilizar a distinção entre interesse público primário (ou bem comum) e secundário⁶⁸, para desmascarar a existência deste segundo arcabouço teórico.

⁶⁷ BIM, op. cit., p. 43.

⁶⁸ Os interesses públicos secundários são interesses exclusivos do Estado e das demais pessoas de Direito Público, muitas vezes vertidos em avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. O Estado é encarregado dos interesses públicos primários, mas, tem, como sujeito de direito que é, *interesses que lhes são particulares*, que são os interesses que o Estado tem como qualquer outra pessoa, independentemente de sua qualidade de servidor de interesses da coletividade. São também chamados *interesses individuais do Estado*, que somente podem ser defendidos pelo Estado quando não se chocarem com o interesse público propriamente dito – *primário* –, coincidindo com sua realização. Já os interesses públicos primários são os interesses próprios do conjunto social expressados pela vontade geral da coletividade e eventualmente diversos dos interesses da entidade pública. Interesse de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade, personificada juridicamente no Estado. Não é a somatória do interesse pessoal de cada um, porém um interesse não desvinculado do interesse de cada uma das partes que compõe o todo (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50-51). Interesse público primário é um veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que

Há que se ter em conta ainda que as denominadas “razões de Estado democráticas”, comumente conhecidas como supressão de algumas garantias no Estão de sítio ou no de defesa, na verdade não são razões, mas simplesmente direitos, eis que se constituem de fundamentos do próprio ordenamento.

Outrossim, deve-se ter em consideração também que quando o Poder Público invoca as razões do Estado para justificar os meios que adotou, ele está negando a própria concepção de Estado Democrático de Direito e de ordem jurídica.

Neste diapasão, cite-se, com fins analógicos, a afirmação feita por Bim, no que se refere à doutrina das razões do Estado em matéria de direito tributário, veja-se:

a doutrina do poder tributário como *jus imperium* autorizava o Estado a tributar sem respeitar os direitos dos contribuintes, tornando-a uma mera relação de poder e, *ipso facto*, de arbítrio do Estado. Por esse motivo, considera-se essa doutrina como uma autentica razão de Estado, na medida em que ignora o direito, fazendo as razões da política prevalecerem sobre o direito.⁶⁹

E continua:

[...] não se pode, a pretexto de se fazer o bem comum com o dinheiro arrecadado, um mero dever decorrente da relação de administração, ignorar o direito, todas as garantidas plasmadas nos institutos jurídicos-tributários para ficar apenas com o financeiro, com a mera arrecadação. É o que ocorre na seara tributária ao se confundirem o interesse público com o interesse fazendário, confusão essa dissipada pela doutrina tributária.

[...] a arrecadação tributária não é um fim em si mesmo; o fim é o bem comum, não o ingresso de dinheiro para o Erário. Não se quer adotar uma visão romântica dos fins do Estado. Para realizá-los, ele precisa de meios, meios esses que basicamente provém da tributação. O que se quer evitar é o discurso que a norma tributária deve ser interpretada de determinada forma porque senão outros não pagariam tributos ou alguns pagariam por outros, esquecendo-se que há valores e institutos jurídicos que autorizam essas situações (v.g. não-incidência e imunidade) e que a forma é uma das garantias contra o arbítrio.⁷⁰

integrarão no futuro. Há uma relação íntima e indissolúvel entre o Interesse Público e os interesses individuais.

⁶⁹ BIM, op. cit, p. 55.

⁷⁰ BIM, op. cit, p. 56-57.

Finalmente, destaque-se outro trecho da mesma obra de aludido autor, onde o mesmo afirma que não se pode deixar de ter em mente que o Estado existe para a proteção e consubstancialização dos direitos do homem, e não o contrário, ou seja, o Estado é o meio de realização e defesa dos interesses daquele que o criou, o homem, e não o contrário, não se podendo admitir, portanto, a manipulação de qualquer discurso pseudo-democrático tendencioso a desvirtuar o ordenamento jurídico.⁷¹

Por conseguinte, tem-se que ambas as teorias, ou seja, a interpretação econômica do Direito e as razões de Estado, apresentam-se como instrumentos, em tese, opostos na análise do ordenamento jurídico para sua aplicabilidade ao caso concreto, uma vez que a primeira admite justamente aquilo que a segunda digressão aponta como indevida, ou seja, desvirtuar-se o que é previsto pelo ordenamento sob alegações que buscam, em fim último, contrapor exatamente o que se espera e prevê na lei.

Neste sentido, observar-se-á, ao longo deste ensaio, a profunda aplicação de ambas as teorias, especialmente quando se pretende analisar a intervenção do Estado no Domínio Econômico, através da regulamentação de alguns setores da economia, bem como as conseqüências daí advindas.

Inclusive, observe-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, onde, em voto vencido no Recurso Especial n. 79.937, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, a Ministra Eliana Calmon, assim estabeleceu:

[...] os planos econômicos não deram certo, e, com eles, houve uma defasagem entre valor real e inflação.

Dentro desse entendimento e dentro da diretiva traçada pelo Judiciário, não posso me afastar de um dispositivo de lei que estabelece qual é a forma de cálculo do preço da cana, esse é o padrão para se fazer o cálculo, e é um preço que deve obedecer e observar as situações previstas em lei, desprezada no momento em que houve o congelamento de preços. A empresa diz que em decorrência do congelamento de preço teve prejuízos. Lógico que teve prejuízos, se houve o congelamento de preços e a inflação não ficou congelada, houve defasagem do preço real.

Assim, segundo minha ótica, a única questão que poderia e pode ser discutida é o valor do prejuízo, fixado em perícia realizada pela Fundação Getúlio Vargas. Não questiono quanto à perícia, porque isso para mim é exame de provas, vedado neste Tribunal – Súmula 7

⁷¹ Idem, p. 56-58.

– mas em um entendimento de que o congelamento de alcançou e maculou o que está estabelecido em lei. Alega a União, que esta ação causa um grande estrago aos cofres públicos. Mas isso, data venia, não é um problema do Judiciário, porque não é possível julgarmos com a calculadora nas mãos. Temos que seguir o critério legal. E, dentro desse critério legal, não tenho dúvida de que a norma do art. 9º e do art. 11 da Lei 4.870, de 1º de dezembro de 1965, foi efetivamente violada pelas normas de congelamento de preços. [...]

E continua:

[...] se houve congelamento, mas em razão do ato do governo, houve prejuízo, esse prejuízo deve ser ressarcido. A prova maior são os expurgos inflacionários dos planos econômicos. Daí porque não há espaço para que se responda, neste contexto, o que indaga a Ministra Nancy Andritghi. Quem diz que o Estado pode interferir no mercado, controlando o preço, não é o Judiciário. É a lei, a partir da Constituição. Mas a interferência é regrada pelas normas traçadas pelo Estado. [...]

Portanto, claro é que a atividade jurisdicional do Estado, ao invés do que determinam a Análise Econômica do Direito e as Razões de Estado, deve-se pautar, enquanto guardiã maior do ordenamento jurídico brasileiro, não se pode levar por fundamentos que não jurídicos, cujos quais, por sua vez, devem prevalecer sobre artifícios, econômicos ou políticos, até mesmo como forma de convalidação e respeito aos princípios e regras eleitos pelo Estado Democrático de Direito vigente.

Assim, passa-se, no próximo tópico, ao estudo, mesmo que em sede perfunctória, das formas de intervenção do Estado em relação ao Domínio Econômico.

2.4 AS FORMAS DE INTERVENÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO DOMÍNIO ECONÔMICO

O Estado em sua atividade interventiva-regulatória tem a peculiaridade baseada no compartilhamento entre Estado e sociedade na responsabilidade de promover a propalada “revolução social”, onde é reconhecida que a dimensão dos encargos necessários à concretização dos valores fundamentais supera os limites da atuação isolada do Estado, de sorte que a sociedade civil, e por conseguinte, os agentes econômicos, são convocados para

participar ativamente do desempenho de atividades necessárias à produção da igualdade substancial entre os cidadãos.

Assim, a regulação estatal se exterioriza ainda como ampliação do controle-fiscalização, como uma decorrência direta e imediata da ampliação do controle-regulação. Em um modelo pautado pela ampla liberdade de atuação, desnecessária é a fiscalização. Todavia, quanto maiores os constrangimentos e menor a margem de liberdade dos agentes econômicos, tanto mais necessária torna-se a fiscalização sobre eles.

A concepção regulatória retrata uma redução nas diversas dimensões da intervenção estatal no âmbito econômico. Ainda que seja impossível estabelecer um padrão pré-determinado, a regulação incorpora a concepção de subsidiariedade. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais. Neste sentido, assinala SUNDFELD⁷², que

A regulação é isso, uma característica de certo modelo econômico, aquele em que o Estado não assume diretamente o exercício da atividade empresarial, mas intervém enfaticamente no mercado utilizando instrumentos de autoridade. Assim, a regulação não é própria de certa família jurídica, mas sim de uma opção de política econômica.

Logo, inicialmente, deve-se destacar que o papel do Estado varia de acordo com o fim que pretende implementar, de sorte que deverá ter em conta se o alcance desejado é um princípio de funcionamento ou princípio fim, consoante já exposto no primeiro capítulo.

Neste sentido, cabe ao Estado, por exemplo, fiscalizar o regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios de funcionamento da ordem econômica, de sorte que, no desempenho dessa competência, deverá editar normas coibindo abusos contra o consumidor, prevenindo danos à natureza ou sancionando condutas anti-concorrenciais, pautando-se pela Constituição Federal e seus fundamentos e princípios.

⁷² SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços públicos e regulação estatal**: direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2000. p. 23.

Frise-se ainda que alguns dos princípios setoriais podem autorizar a produção de normas que interfiram com a livre iniciativa. Entretanto, tais princípios não tem força jurídica para validar atos que venham a suprimir a livre iniciativa ou vulnerá-la em seu núcleo essencial. Neste sentido estabelece Ferraz Júnior que:

[...] o sentido do papel do Estado como agente normativo e regulador está delimitado, negativamente, pela livre iniciativa, que não pode ser suprimida. O Estado, ao agir, tem o dever de omitir a sua supressão. Positivamente, os limites das funções de fiscalização, estímulo e planejamento estão nos princípios da ordem, que são a sua condição de possibilidade. O primeiro deles é a soberania nacional. Nada fora do pacto constituinte. Nenhuma vontade pode se impor de fora do pacto constitucional, nem mesmo em nome de alguma racionalidade da eficiência, externa ou tirânica. O segundo é a propriedade privada, condição inerente à livre iniciativa. O terceiro é a função social da propriedade, que tem a ver com a valorização do trabalho humano e confere o conteúdo positivo da liberdade da iniciativa. O quarto é a livre concorrência: a livre iniciativa é para todos, sem exclusões e discriminações. O quinto é a defesa do consumidor, devendo-se velar para que a produção esteja a serviço do consumo, e não este a serviço daquela. O sexto é a defesa do meio ambiente, entendendo-se que uma natureza sadia é um limite à atividade e também sua condição de exercício. [...] Cumpre ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem, conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.⁷³

Cabe ainda ao Estado, do mesmo modo, a responsabilidade pela implementação dos aludidos princípios fins da ordem econômica, sempre visando assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. No desempenho de tal atribuição, compete-lhe, por exemplo, levar a efeito programas que promovam a redução da desigualdade ou que visem o pleno emprego. Ao mesmo tempo, é também dever do Estado, como agente da ordem econômica, criar mecanismos de incentivo que estimulem a iniciativa privada a auxiliar na consecução desses mesmos fins.

⁷³ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de Direito Público*, n. 91, 1989. p. 77-78.

Assim, é próprio do papel do Estado procurar influir legitimamente nas condutas dos agentes econômicos, através de mecanismos de fomento – incentivos fiscais, financiamentos públicos, redução da alíquota de impostos –, sem que possa, todavia, obrigar a iniciativa privada à adesão. De fatos, nos termos do Art. 174 da Constituição, o Estado exercerá as funções de incentivo ou planejamento, as quais serão determinantes para o setor público e indicativas para o privado. Neste sentido, observa Bandeira de Mello⁷⁴ que:

[...] com o advento da Constituição de 1988, tornou-se enfaticamente explícito que nem mesmo o planejamento econômico – feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles – pode impor-se como obrigatório para o setor privado. É o que está estampado com todas as letras no art. 174. [...] Em suma: a dicção categórica do artigo deixa explícito que, a título de planejar, o Estado não pode impor aos particulares nem mesmo o atendimento às diretrizes ou intenções pretendidas, mas apenas incentivar, atrair os particulares, mediante planejamento indicativo que se apresente como sedutor para condicionar a atuação da iniciativa privada.

Outra não é a análise de SOUTO⁷⁵, veja-se:

Se o planejamento é *determinante* para o setor público, por força do princípio da *livre iniciativa*, é apenas indicativo para o setor privado, quer dizer, o planejamento da economia não obriga a empresa privada a atuar em áreas consideradas estratégicas, mas apenas a incentiva (sanções positivas) a colaborar com o desenvolvimento que vai proporcionar o bem-estar geral (surtem benefícios fiscais, subsídios, empréstimos facilitados, etc.).

Ultrapassadas tais considerações, há que se tecer, mesmo que de forma sucinta, tergiversações acerca das formas como se afigura a atividade intervencionista do Estado em relação ao Domínio Econômico, haja vista que, como bem consignam ARAUJO e NUNES JR Jr.⁷⁶:

⁷⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Liberdade de iniciativa: Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n.1, 1999. p. 179-179.

⁷⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Constituição econômica. **Caderno de Direito Tributário**, n. 4, 1999. p. 232.

⁷⁶ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 471.

A economia, organizada e tutelada pelo Estado, é uma realidade do capitalismo moderno, determinada quer por razões de caráter estritamente econômico, quer por aspectos relacionados à proteção de determinados grupamentos sociais: trabalhadores, usuários, consumidores etc.

Assim, partindo-se desta realidade tão clara e precisa, tem-se que o Estado, através dos ditames constantes dos Arts. 170 a 192, referentes ao Capítulo da Constituição Federal de 1.988 que versam sobre a Ordem Econômica e Financeira, passou a regulamentar e atuar na economia nacional.

Diversas são as classificações sobre a atuação do Estado na economia, cada qual tendo seu ponto de partida ou metodologia para a aferição de tal circunstância. Desta forma, inicialmente demonstrar-se-á algumas das classificações que se fazem presentes no mundo doutrinário, para ao final, adotar-se aquela que melhor se coaduna com os objetivos perseguidos por meio deste estudo, sem, contudo, desmerecer quaisquer outras, uma vez que cada qual é importante para a ciência do Direito.

Desta forma, sobre o tema da intervenção, leciona José Afonso da Silva⁷⁷ que esta se dá:

[...] sob duas formas: pela *intervenção* e pela *participação*. Pela primeira fundada no art. 174, em que aparece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica, com normas especiais sobre a política urbana (art. 182) e a política agrícola e fundiária e reforma agrária (art. 184 a 191). A segunda com base nos arts. 173 e 177, caracterizando o Estado administrador da atividade econômica, sistema segundo o qual o Estado explora atividade econômica por meio de empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas. [...]

No mesmo sentido é a lição de José dos Santos Carvalho Filho⁷⁸, veja-se:

O Estado atua de duas formas na ordem econômica.

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 784.

Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada pelos particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o **Estado Regulador**.

Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode estar mais ou menos aproximada à atuação das empresas privadas. O certo, porém, é que não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas ingressa efetivamente no plano da sua execução. Seja qual for a posição que assuma, o Estado, mesmo quando explora as atividades econômicas, há de ter sempre em mira o interesse, direto ou indireto, da coletividade. Podemos considerá-lo nesse ângulo como **Estado Executor**.

Nada obstante, oportuno destacar pequeno esclarecimento no que se refere à atuação indireta do Estado, ou seja, aquele definido por Carvalho Filho⁷⁹ como “Estado Regulador”, posto ser “aquele que, através de regime interventivo, se incumbem de estabelecer as regras disciplinadoras da ordem econômica, com o objetivo de ajustá-la aos ditames da justiça social.”

Outrossim, não se pode confundir a atuação indireta do Estado como se fosse um sinônimo de regulamentação, eis que são realidades absolutamente distintas, no sentido de que a intervenção pela via indireta pode ocorrer de forma sistemática e sazonal, enquanto que a atividade regulatória é orgânica e permanente. Neste sentido é a sempre precisa lição de Marçal Justen Filho⁸⁰, “in verbis”:

A intervenção indireta ou normativa na ordem econômica consiste no exercício pelo Estado de sua competência legislativa e regulamentar para disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou privada. Seu fundamento constitucional direto está no art. 174.

A regulação consiste na opção pela intervenção indireta. Mas intervenção estatal indireta não é sinônimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover intervenção de modo permanente e sistematizado.

⁷⁹ Ibidem.

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, afirma que o Estado pode intervir no domínio econômico, atuando de três maneiras diversas: 1ª) como sujeito ativo, assumindo participação direta nas atividades econômicas, enquanto prestador de serviços públicos; 2ª) na qualidade de agente regulador, disciplinando os comportamentos dos particulares, influenciando suas esferas de liberdade por intermédio do poder de polícia; e 3ª) através de ação fomentadora, propiciando benefícios e estímulos à propriedade privada.⁸¹

Já Eros Grau, usa a expressão *domínio econômico* para indicar *atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito*, da qual se exclui a noção de serviço público, segundo tal autor a intervenção estatal dá-se⁸²:

a) No Domínio Econômico, quando o Estado atua na condição de agente econômico, como sujeito que realiza diretamente a atividade econômica. Essa forma de intervenção divide-se em: – absorção, quando ocorre em regime de monopólio e, – participação, quando se dá concorrentemente com a iniciativa privada;

b) sobre o Domínio Econômico, intervenção essa pela qual o Estado atua apenas como regulador da atividade econômica. Essa forma, igualmente, se subdivide em duas outras – *direção*, nas hipóteses em que o Estado utiliza normas de comportamento compulsório e, – *indução*, quando lança mão de normas que não possuem caráter compulsório, apenas incentivador.

De mais a mais, enquanto há autores que se referem à possibilidade de intervenção do Estado por quatro meios absolutamente distintos, tais como regulação, concorrencial, monopolista e sancionatória⁸³, existem outros que a classificam em poder de polícia, incentivos à iniciativa privada e atuação empresarial.⁸⁴

Nesta última linha, é possível identificar três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico: a atuação direta, o fomento e a disciplina, as quais, por sua vez, irão constituir a linha mestra deste trabalho, como instrumento adotado para a continuidade da análise da conduta do Estado em relação ao domínio econômico.

⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 840.

⁸² GRAU, op. cit., pp. 156-157.

⁸³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**. São Paulo, 1996. p. 365.

⁸⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p. 434-435.

Assim, o Estado pode interferir na ordem econômica mediante uma *atuação direta*, isto é, assumindo ele próprio o papel de produtor ou prestador de bens ou serviços. Essa modalidade de intervenção assume duas apresentações distintas: a prestação de serviços públicos e a exploração de atividades econômicas, cujas quais, entretanto, terão caráter excepcional, ou seja, somente autorizadas nos termos constitucionais, por representar uma exclusão da livre iniciativa.

Este caráter excepcional é enfatizado pela própria Carta Maior em duas normas, uma implícita e outra explícita, sendo a primeira limitadora da criação de novos monopólios públicos, além daqueles que já constam no Texto, consoante a exposição de COMPARATO⁸⁵, veja-se:

A vigente Carta Constitucional preferiu seguir o critério de enumeração taxativa dos setores ou atividades em que existe (independentemente, pois, da criação por lei) monopólio estatal, deferido agora exclusivamente à União (art. 177 e 21, X, XI e XII). Quer isto dizer que, no regime da Constituição de 1988, a lei já não pode criar outros monopólios, não previstos anteriormente no texto constitucional, pois contra isso opõe-se o princípio da livre iniciativa. Sobre o qual se funda toda a ordem econômica (art. 170).

A segunda impõe a necessidade de lei autorizadora de qualquer forma de exploração direta da atividade econômica pelo Estado, cujos pressupostos são os *imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo*.

A outro, o Estado interfere no domínio econômico por via do *fomento*, isto é, apoiando a iniciativa privada e estimulando (ou desestimulando) determinados comportamentos, por meio, por exemplo, de incentivos fiscais ou financiamentos públicos. Esta é a modalidade de que se utiliza o Estado para atingir os chamados, e já expostos, princípios fins da ordem econômica. Neste sentido é a lição de MOREIRA NETO e PRADO, “in verbis”:

⁸⁵ COMPARATO, Fábio Konder. Monopólio público e domínio público. In: _____. **Direito público: estudos e pareceres.**[s.l.]: [s.n], 1996, p. 149.

Através do *fomento público*, o Estado deverá desenvolver uma atuação suasória, não cogente, destinada a estimular as iniciativas privadas que concorram para restabelecer a igualdade de oportunidades econômicas e sociais ou suprir deficiências da livre empresa no atendimento de certos aspectos de maior interesse coletivo.⁸⁶

A peculiaridade dessa forma de intervenção é que ela opera por meio de *normas diretivas*, onde a adesão ao comportamento sugerido constitui mera opção dos agentes econômicos que se beneficiariam com os mecanismos de fomento criados em lei. Neste sentido esclarecer GRAU⁸⁷ que:

No caso das normas de *intervenção por indução* defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deônticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção. Trata-se das *normas dispositivas*. Não, contudo, no sentido de suprir a vontade do seu destinatário, porém, na dicção de Modesto Carvalhosa, no de “levá-lo a uma opção econômica de interesse coletivo e social que transcende os limites do querer individual”. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como *comando*, é substituída pelo expediente do *convite* [...]. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela vinculada. Se adesão a ela manifestar, no entanto, resultará juridicamente vinculado por prescrições que correspondem aos benefícios usufruídos em decorrência dessa adesão. Penetramos, aí, no universo do direito premial.

Interfere o Poder Público através da *disciplina*, onde o propósito principal é a preservação e promoção dos princípios de funcionamento da ordem econômica, sendo agente normativo e regulador, exercendo a função, dentre outras, de fiscalização, previsto no Art. 174 da Constituição Federal vigente.

O Estado disciplina a atividade econômica mediante a edição de leis, de regulamentos e pelo exercício do poder de polícia. De fato, o Poder Público exerce competências normativas primárias e edita normas decisivas para o desempenho da atividade econômica, algumas com matriz constitucional, como, por exemplo, o Código do Consumidor, a lei de remessa dos lucros, a lei de repressão ao abuso do poder econômico, dentre inúmeras outras.

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; PRADO, Ney. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, n. 96/121, 1987, p. 132.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 164.

Exerce o Estado, ainda, competências normativas de cunho administrativo, editando decretos regulamentares, resoluções, deliberações, portarias, algumas em domínios relevantíssimos como a política de crédito e a política de cambio, em meio a muitas outras.

Por fim, desempenha, também, o poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (*ex vi*, polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista etc.).

Diferentemente do que se passa com os instrumentos de fomento, a disciplina impõe comportamentos compulsórios, mediante a edição de normas cogentes, cuja violação sujeita o infrator a uma sanção, na medida em que determinadas condutas são consideradas obrigatórias, opera-se uma retração lógica do espaço da liberdade de iniciativa, que, como visto, não é um princípio absoluto. Porém, pode ocorrer que, com a intenção ou a pretexto de restringir e fiscalizar, se chegue a aniquilar e esvaziar a livre iniciativa. Daí a importância de se delinear o regime jurídico da própria disciplina, a luz da Constituição.

Do exame sistemático do texto constitucional, é possível identificar ao menos duas ordens de limitações à intervenção disciplinadora do Estado sobre a ordem econômica e três conjuntos de fundamentos válidos que podem desencadear essa intervenção. Os *limites* correspondem aos princípios da livre iniciativa (e, no seu âmbito, especialmente a livre concorrência) e da razoabilidade. Os *fundamentos* válidos para a disciplina consistem na reorganização da própria livre iniciativa e livre concorrência, nas hipóteses excepcionais em que o mercado privado haja se desorganizado; na valorização do trabalho humano e nos princípios de funcionamento da ordem econômica.

Além de observar o limite material representado pela liberdade de iniciativa e concorrência, qualquer medida que disciplina o mercado, ainda que disponha de um fundamento legítimo, deverá apresentar-se de acordo com o *princípio da razoabilidade*.

O princípio da razoabilidade é um mecanismo para controlar a discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o meio empregado, ou quando a medida não seja exigível ou necessária, havendo caminho alternativo para chegar ao mesmo resultado com menos ônus a um direito

individual, bem como não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida tem maior relevo que aquilo que se ganha.

Desse modo, em primeiro lugar, é preciso que haja umnexo racional e razoável entre a medida disciplinadora implementada e o objetivo que se pretende alcançar, tendo em vista o pressuposto fático que fundamenta a norma.

Com efeito, a regra que vier a interferir no mercado deve ser apta a realizar e/ou restaurar o fim constitucional que autorizou sua edição, vale dizer, deve haver uma correlação lógico-racional entre a distorção que se quer corrigir e seu respectivo remédio.

O princípio da razoabilidade exige também, em segundo lugar, que, dentre as medidas aptas a atingir o resultado pretendido, seja escolhida aquela que produz a menor restrição aos direitos consagrados na Constituição. É preciso assegurar a presença do binômio necessidade/utilidade no caso concreto, com a conseqüente vedação do excesso. Por fim, a medida deverá ser comparativamente menos danos aos princípios constitucionais que regem a ordem econômica que o próprio motivo da intervenção. Em outras palavras: o custo-benefício deverá ser positivo, sem, contudo, poder haver ofensa, salvo quando expressamente permitido pelo ordenamento, a bens jurídicos tutelados.

Assim, além de observar os limites acima conferidos, a ação disciplinadora do Estado legitima-se na medida em que procura realizar determinados princípios constitucionais, uma vez que a possibilidade que justifica a ação interventiva do Estado, ainda que seja excepcional, é um quadro de deterioração generalizada do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, o que, por sua vez, exige a ação estatal para que haja reorganização.

A outro, a valorização do trabalho humano, por ser co-fundamento da ordem econômica brasileira, ao lado da livre iniciativa, igualmente justifica a intervenção estatal, uma vez que, embora o trabalho humano e a livre iniciativa possam identificar-se mutuamente, é comum em sociedades capitalistas como a brasileira, que haja relação de tensão entre ambos, de sorte que a atuação disciplinadora do Estado, impondo um elenco de direitos a serem preservados e a distribuição de parte dos proveitos obtidos com o esforço coletivo.

Todavia, é certo que tal fundamento jamais poderia legitimar o controle de preços, enquanto planejamento econômico, ainda que não houvesse limitação material representada pelo núcleo do conceito da livre iniciativa, uma vez

que não se pode imaginar relação lógica entre controle de preços e a valorização do trabalho humano.

Por fim, outro fundamento relevante, bem como seu propósito principal, é preservar ou promover os princípios de funcionamento da ordem econômica, na medida em que se busca assegurar a soberania estatal e os próprios comandos constitucionais sobre a matéria, além de proteger a propriedade privada e assegurar a realização de sua função social, bem como a defesa do consumidor e do meio ambiente.

Em outro caso, o Poder Público não poderá, ainda que com o próprio propósito de promover estes princípios acima referidos, violar o conteúdo básico da livre iniciativa, bem como implementar qualquer medida que não resista ao teste da razoabilidade.

Logo, a normatização que poderá a autoridade pública efetuar sobre a atividade econômica circunscreve-se, na lição de MELLO, com a

[...] compatibilização dos empreendimentos econômicos com exigências conaturais à segurança, à salubridade, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor e outros bens jurídicos que compõem a constelação de interesses coletivos.

E complementa:

É que o Estado em regime de livre iniciativa e livre concorrência – consagrados na Constituição do País – não pode interferir na atividade econômica em si mesma, desempenhada por particulares. Em sendo ela legítima, vale dizer, não proscria em lei, falece ao Poder Público a possibilidade de determinar a quantidade do produzido, ou de fixar o montante do produto a ser comercializado de cada vez e, como é de clareza solar, de quantificar as unidades que deverão ou poderão existir em cada embalagem.⁸⁸

⁸⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., pp. 179 e 174.

2.4.1 A INTERVENÇÃO POR MEIO DO CONTROLE DE PREÇOS

Tendo em conta que até o presente momento cuidou-se genericamente da intervenção estatal, especialmente no que se refere em sua modalidade disciplinadora da ordem econômica, cumpre agora a aplicação de tais ideias à questão específica do controle de preços, que, por sua vez, é encarada como política de regulação conjuntural por Jacques et Colette Nême⁸⁹, ao estabelecer a seguinte diferenciação, veja-se:

Políticas Econômicas de Salvaguarda: que compreendem as políticas de regulação demográfica, as de provisionamento de gêneros alimentícios e as de proteção ambiental;

Políticas de Crescimento Equilibrado: que compreendem as políticas de garantia da livre concorrência, as políticas industriais, as de pesquisa e desenvolvimento com a finalidade de estimular a criação tecnológica, as políticas de emprego, as políticas de equilíbrio regional, políticas de educação, da participação dos trabalhadores;

Políticas de Regulação Conjuntural: dentre elas se destacam as políticas monetárias, a política orçamentária, as políticas de preços e as políticas de rendas.

Assinale-se, assim, que o controle de preços é medida própria de dirigismo econômico, e não meio, a princípio, legítimo de disciplina do mercado. A livre fixação de preços integra o conteúdo essencial da livre iniciativa e não pode ser validamente vulnerada, salvo situações extremas que envolvam o próprio colapso no funcionamento do mercado, ofensa à segurança nacional e fundado interesse relevante e coletivo, inclusive porque se compreende como meio de realização do planejamento constitucionalmente previsto, sendo concebida para o Estado, por BERCOVICI⁹⁰, nos seguintes termos:

⁸⁹ NÊME, Jacques et Colette. **Politiques économiques comparées**. 2.ed. Paris: PUF, 1989. p. 40-42.

⁹⁰ BERCOVICI, Gilberto. op. cit., pp. 69-70.

[...] Entende-se o Estado, por meio do planejamento, como o principal promotor do desenvolvimento.

[...] Para desempenhar essa função, o Estado deve gozar de autonomia perante os grupos sociais, alargando suas funções e readaptando seus órgãos e estrutura. Tal papel de coordenação dá a medida da importância política da superação do subdesenvolvimento, através de objetivos nacionais e prioridades sociais realçados pelo próprio Estado. O aspecto primordial da política-econômica dos países subdesenvolvidos são essas reformas estruturais – condição prévia e imprescindível da política de desenvolvimento. O Estado deve atuar de forma muito ampla e intensa, coordenando decisões pelo planejamento, para modificar as estruturas socioeconômicas, assim como para promover a distribuição e a descentralização da renda, integrando a população social e politicamente.

O planejamento coordena, racionaliza e dá uma unidade de fins à atuação do Estado, diferenciando-se de uma intervenção conjuntural ou casuística. O plano é a expansão da política geral do Estado. É mais do que um programa, é um ato de direção política, pois determina a vontade estatal por meio de medidas coordenadas, não podendo limitar-se à mera enumeração de reivindicações. E por ser expressão desta vontade estatal, o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada. O planejamento está, assim, sempre comprometido axiologicamente, tanto pela ideologia constitucional como pela busca de transformação do *status quo* econômico e social. Quando os interesses dominantes estão ligados à manifestação deste *status quo* o planejamento e desenvolvimento estão esvaziados. Desta forma, não existe planejamento “neutro”, pois se trata de uma escolha entre várias possibilidades, escolha guiada por valores políticos e ideológicos, consagrados, no caso brasileiro, no texto constitucional. Desta forma, o planejamento, ainda, deve ser compreendido dentro do contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar objetivos predeterminados. O fundamento da idéia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro.

A outro, a política pública que vise a regulamentação de mercado não pode ter fundamento outro senão o desenvolvimento do Estado brasileiro, devendo entretanto, primeiramente, diferenciar-se tal circunstância de crescimento, sendo certo que, nas palavras do próprio Bercovici⁹¹, ter-se-ia no

⁹¹ BERCOVICI, Gilberto. op. cit, p. 51. Tal autor, inclusive, na mesma obra, assevera que “a economia subdesenvolvida não deve também ser considerada isoladamente do sistema de divisão internacional do trabalho em que está situada. A passagem do subdesenvolvimento para o desenvolvimento só pode ocorrer em processo de ruptura com o sistema, interna e exteriormente, afinal ‘em suas raízes, o subdesenvolvimento é um fenômeno de dominação, ou seja, de natureza cultural e política’. Portanto, é necessário uma política deliberada de desenvolvimento, em que se garanta tanto o desenvolvimento econômico como o social, dada a sua interdependência. Deste modo, o desenvolvimento só pode ocorrer com a transformação das estruturas sociais” (p. 53).

[...] desenvolvimento a condição necessária para a realização do bem-estar social. O Estado é, através do planejamento, o principal promotor do desenvolvimento. Para desempenhar a função de condutor do desenvolvimento, o Estado deve ter autonomia frente aos grupos sociais, ampliar suas funções e readequar seus órgãos e estrutura. O papel estatal de coordenação dá a consciência da dimensão política da superação do subdesenvolvimento, dimensão esta explicitada pelos objetivos nacionais e prioridades sociais enfatizados pelo próprio Estado.

Desse modo, pelo que propõe a Constituição, o sentido da busca pelo desenvolvimento econômico se trata de uma efetiva mudança na situação atual da economia nacional. O desenvolvimento deve ser entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas. Assim, nenhum estado pode ser considerado desenvolvido se mantiver uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza.

Portanto, o Estado desenvolvido é marcado pela estrutura harmônica entre o padrão de modernização e a proteção de valores coletivos. Busca-se ao mesmo tempo o crescimento, com a liberdade das atividades econômicas, desde que tal conviva com a proteção do consumidor, do meio ambiente, do trabalho, da educação de todos etc. Um Estado que enfatiza apenas a vertente da modernização, desprezando a sua harmonia com os demais elementos, não pode se configurar como desenvolvido; pode, no máximo, ser um Estado modernizado. Neste sentido,

Verifica-se, à luz de tais fundamentos, que o conceito de desenvolvimento é totalmente distinto de uma mera expansão empresarial, do crescimento da economia pura e simples. Tais vetores, evidentemente importantes, precisam ser conciliados com os valores sociais, pois necessita a população parâmetros na distribuição de renda, na proteção de seus direitos (inclusive aqueles previstos na Constituição, como a saúde, a educação, dentre outros).⁹²

Desta feita, a atividade interventiva estatal deve ter por fundamento a busca pelo desenvolvimento da nação e, não apenas conferir a determinados

⁹² ELALI, André. op. cit., p. 71.

grupos prêmios pela sua atuação no âmbito econômico, ou, até mesmo, tão somente o crescimento da economia. Até mesmo porque

[...] a iniciativa privada tem liberdade para se ativar no cenário econômico, e deve contar com o estímulo do Estado, porém este mesmo Estado tem o poder e a obrigação constitucional de intervir, sempre que for constatada conduta abusiva por parte do empresário, que fira os princípios da justiça social [...], ou seja, o indivíduo tem o direito constitucional à livre iniciativa para que, com seu capital, explore uma atividade econômica, porém deverá desempenhar tal mister em busca do bem comum, e não apenas com individualismo exacerbado, tendo em vista que a sua atividade empresarial deverá cumprir uma função social.⁹³

De mais a mais, é possível assentar que, em situação de normalidade, independentemente dos fundamentos em tese admissíveis para a intervenção disciplinadora, o controle prévio ou a fixação de preços privados pelo Estado configura inconstitucionalidade patente. A Constituição brasileira não admite como política pública regular o controle prévio de preços.

Frise-se que a situação de normalidade a que se faz referencia não exclui, por natural, a possibilidade episódica da prática de ilícitos contra a ordem econômica. Diante de algum indício de conduta infratora ou anticoncorrencial, podem ser deflagrados os mecanismos próprios de apuração, mediante o devido processo legal, consoante ainda será exposto, e, se for o caso, até mesmo a punição do próprio Estado, sendo este, inclusive, o corte metodológico deste estudo, uma vez que, em situações normais, o controle estatal em matéria de preços de produtos e serviços será sempre posterior à verificação de práticas abusivas ou anti-concorrenciais, assegurados os direitos fundamentais à ampla defesa e ao devido processo legal.

Entretanto, admite-se, como visto, que em situações anormais seja possível o controle prévio de preços pelo Estado, na medida em que o mercado privado como um todo tenha se deteriorado a ponto de não mais operarem a livre iniciativa e a livre concorrência de forma regular. Nestes casos a intervenção justifica-se, afastando o limite material acima referido, exatamente para reconstruir a

⁹³ ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica**: princípios e função social. Curitiba: Juruá, 2009. p. 86.

prática de tais princípios, ou seja, para reordenar o mercado concorrencial de modo que a livre iniciativa e seus corolários possam efetivamente funcionar.

Note-se, porém, que o controle prévio de preços admite-se apenas por tal fundamento, o qual, ainda assim, deve observar o princípio da razoabilidade, sendo que os demais, representados pela valorização do trabalho humano e os princípios de funcionamento da ordem econômica, não podem justificar o controle prévio de preços, uma vez que tal conduta seria incompatível com o conteúdo básico da livre iniciativa, sendo certo que, como nas palavras de André Elali, o controle de preços não se constitui como um planejamento meramente indicativo, mas sim norma que direciona determinada conduta, pretendendo resultado determinado e previsto, de sorte que

Partindo-se da premissa de que o Estado tanto pode impor comportamentos quanto estimulá-los, torna-se possível um entendimento quanto à diferença da intervenção por indução e por direção. Essa diferença pode ser explicada a partir do exemplo concreto do controle de preços, pois a norma de direção vincula a determinada hipótese com um único conseqüente. Havendo desrespeito à norma diretiva, deve haver aplicação de sanções. O agente, portanto, fica obrigado ao comportamento previsto na norma. Já a norma indutora é diversa, pois são verdadeiras normas dispositivas, pois o agente não se vê sem alternativas. Ao contrário [...], recebe ele estímulos ou desestímulos, assegurada a possibilidade de se adotar comportamento diverso, sem que, por isso, se cometa ilícito.⁹⁴

Tal proposição é válida, inclusive, em relação à atuação voltada para a proteção do consumidor, que é um dos princípios de funcionamento da atividade econômica. E, ademais, também quanto a este ponto, ocorreria o limite imposto pela razoabilidade, uma vez que existem mecanismos menos gravosos para esta proteção, tais como o incentivo à concorrência, punição administrativa, civil e penal dos infratores.

Desta forma, feitas tais considerações, deve-se destacar o fato de que algum tipo de controle de preços pode ser legítimo quando impõe, como contrapartida, a exigência de rígida observância dos condicionamentos constitucionais para a sua adoção.

⁹⁴ ELALI, André. op. cit., p. 105.

Com efeito. Considerando-se o princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre as normas constitucionais, de forma que jamais se deve interpretar uma delas invalidando ou paralisando a eficácia da outra. Por assim ser, deve-se sempre preservar um núcleo mínimo dos princípios constitucionais em ponderação, sob pena de ser violada tal unidade. Cabendo destacar que:

Uma das críticas mais comuns feitas à concepção de Constituição Dirigente é a de o texto constitucional promover de tal forma o dirigismo estatal, que estaria pretendendo substituir o processo de decisão política. A Constituição Dirigente não estabelece uma linha única de atuação para a política, reduzindo a direção política à execução dos preceitos constitucionais, ou seja, substituindo a política. Pelo contrário, ela procura, antes de mais nada, estabelecer um fundamento constitucional para a política. O programa constitucional não tolhe a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária. Essa atividade de definição de linhas de direção política tornou-se o cumprimento dos fins que uma república democrática constitucional fixou em si mesma. Cabe ao governo selecionar e especificar sua atuação a partir dos fins constitucionais, indicando os meios ou instrumentos adequados para a sua realização. Desta forma, a Constituição Dirigente não substitui a política, mas torna-se a sua premissa material.⁹⁵

Por conseguinte, ao se atender o que a própria Carta Constitucional determina não se está cometendo uma ilegalidade ou sendo ultrapassado em razão de eventual momento econômico, político ou social, mas, em suma, respeitando-se os parâmetros constitucionalmente previstos, pelo que, o próprio mestre Canotilho⁹⁶ assim determina:

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. op. cit., pp. 54-55.

⁹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XXX.

Neste sentido, pode-se afirmar que, mesmo quando admitido o controle de preços, este sofre três limitações insuperáveis, ou seja, deverá observar o princípio da razoabilidade; em se tratando de medida excepcional, pressupõe uma situação de anormalidade e deve ser limitado no tempo; e, por último, em nenhuma hipótese pode impor a venda de bens ou serviços por preço inferior ao preço de custo, acrescido de um retorno mínimo, compatível com as necessidades de reinvestimento e de lucratividade próprias do setor privado. Até mesmo porque

[...] o lucro econômico é a principal fonte de energia da economia capitalista e acaba influenciando o nível de produção e alocação de recursos entre usos alternativos. Sua expectativa induz inovações. A inovação estimula novos investimentos, aumentando a produção total e o emprego. É a busca do lucro que subjaz o crescimento econômico.⁹⁷

Não é o caso, portanto, de se voltar ao enunciar o conceito de razoabilidade e seus sub-princípios, mas sim de se formular algumas considerações que tendem a ser elucidativas, uma vez que tem amplo curso na teoria econômica e entre seus tradutores jurídicos, a tese de que a interferência estatal no preço dos bens e serviços não promove justiça social, bem como não protege o consumidor, pelo contrário, reduziria o investimento pelas empresas, além de diminuir a oferta de emprego e tornar desinteressante a produção de determinados produtos ou a prestação de serviços, consoante observou-se em mais de uma década de estagnação econômica no país, especialmente entre meados das décadas de oitenta e noventa do século XX. Motivo pelo qual

Haverá de se considerar, então, que a liberdade de iniciativa econômica está lastreada no desejo da obtenção do lucro, constando que a verificação da efetividade daquele princípio nos diversos mercados consiste em um importante aporte à retirada de obstáculos ao desenvolvimento. Este objetivo fundamental (CF, art. 3º, II), possa, necessariamente, pelo reconhecimento e aceitação jurídica do lucro, existindo nesta perspectiva um público e coletivo interesse, pois fomentador da atividade econômica em geral.⁹⁸

⁹⁷ PETTER, Lafayete Josué. op. cit., p. 275.

⁹⁸ PETTER, Lafayete Josué. op. cit., p. 282.

Estas, portanto, sequer poderiam ser tratadas como medidas adequadas para os fins visados, isto independentemente da vedação do excesso e da proporcionalidade em sentido estrito, bem como que além de figurar como parâmetro da possibilidade em tese do controle de preços, o princípio da razoabilidade será aplicado também por aferir a constitucionalidade dos termos de qualquer medida especificamente adotada, tendo em vista seus pressupostos e os fins que pretenda produzir.

Além de ser razoável, a intervenção estatal sobre os preços terá, em qualquer caso, de observar dois outros limites claros: um de natureza conjuntural, na medida em que a ação deverá ser excepcional, para atender a circunstância específica e emergencial, em cuja ausência, não se legitimará a providência a ser adotada, bem como não poderá ter caráter duradouro.

Logo, o controle de preços poderá ser adotado temporária e excepcionalmente para formar um mercado privado e concorrencial, ou para restabelecê-lo, o qual, uma vez devidamente reorganizado, passará a reger-se pela livre iniciativa e pela livre concorrência. Neste sentido é a lição de Luis Roberto Barroso⁹⁹, veja-se:

Sem embargo, tanto o congelamento quanto o tabelamento serão inadmissíveis:

1. quando se prolonguem indefinidamente;
2. quando impuserem ao empresário a venda de seu produto abaixo do preço de custo.

No primeiro caso, a permanência do controle rígido de preços por período de termo excessivamente longo rompe o caráter excepcional da medida e subverte os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Tais princípios, como se demonstrou, não são absolutos e devem ser sopesados com outros. De outra parte, não podem ser anulados na prática. A razoabilidade da demora na volta ao regime de mercado será o critério do intérprete.

Quanto ao segundo caso, impor ao empresário a venda com prejuízo configura confisco, constitui privação de propriedade sem devido processo legal (art. 5º, LIV). E mais: é da essência do sistema capitalista a obtenção de lucro. O preço de um bem deve cobrir o seu custo de produção, as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro. O que é condenável e enseja a intervenção é o lucro arbitrário (art. 173, § 4º), o lucro abusivo, de cunho espoliativo.

⁹⁹ BARROSO, Luis Roberto. A crise econômica e o direito constitucional. **Revista Forense**, n. 323/83 (1993).

Ressalte-se que a existência de um mercado privado organizado não significa, naturalmente, que no seu âmbito não possam se desenvolver poderes econômicos, que conduzam a condutas anticoncorrenciais. A prática episódica do ilícito faz parte da normalidade. Para isso existem mecanismos próprios de punição e repressão ao abuso do poder econômico e ao aumento arbitrário de lucros, em consonância como prevê a própria Constituição, através de seu Art. 173, § 4º.

O último pressuposto constitucional a reconhecer como legítimo o controle prévio de preços¹⁰⁰, refere-se ao conteúdo: jamais poderá ser imposto ao agente econômico praticar preços que não sejam capazes de cobrir os custos, sob pena de confisco, bem como de propiciar um lucro mínimo apto a remunerar o dono do capital, que seria a negação ao regime da livre iniciativa, bem como de ensejar os reinvestimentos necessários, o que, ao contrário, inviabilizaria a atividade, frustrando o princípio da livre empresa.

Neste mesmo sentido posiciona-se o Tribunal Constitucional da Itália, como bem lembrado por CARVALHO e DI PLINIO¹⁰¹:

Especificamente, no que tange ao controle de preços, o Tribunal Constitucional italiano teve ocasião de julgar que ele se torna excessivo e, por conseguinte, ilegítimo, quando penaliza os lucros empresariais, importando na imposição de preços não remunerativos ou tecnicamente desproporcionados aos custos da produção. A jurisprudência italiana ressaltou, por igual, a ilegitimidade de um sistema permanente de controle de preços, dada a natureza essencialmente conjuntural dessa medida de polícia.

Por conseguinte, pode-se dizer que o controle prévio de preços poderá ser legítimo no atual sistema constitucional brasileiro, quando se afigura uma situação absolutamente anormal, de deterioração do mercado privado concorrencial, e não por qualquer outro fundamento. Seu propósito será o restabelecimento do mercado livre, deverá se tratar de medida temporária e em nenhuma hipótese poderá impor preços inferiores ao preço de custo, acrescido da margem para

¹⁰⁰ Nicola Abragnano (in Dicionário de Filosofia. Tradução de Alfredo Bosi. São Paulo, Mestre Jou, 1962, p. 259), estabelece que “o que tem preço pode ser substituído por alguma coisa equivalente; o que é superior a todo preço e, portanto, não permite nenhuma equivalência, tem uma dignidade. Substancialmente, a dignidade de um ser racional consiste no fato de que ela não obedece a nenhuma lei que não seja instituída por ele mesmo. A moralidade, como condição dessa autonomia legislativa, é, portanto, a condição da dignidade do homem e moralidade e humanidade são as únicas coisas que não tem preço [...]”.

¹⁰¹ CAVALLO, Bruno; DI PLINIO, Giampiero. **Manuale di diritto pubblico dell'economia**. Milão: [s.n.], 1983. p. 531.

reinvestimento e de um lucro mínimo, observando-se, ainda, em todos os seus aspectos, o princípio da razoabilidade.

CAPÍTULO III

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DIANTE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO ATRAVÉS DO CONTROLE DE PREÇOS

Neste último capítulo, com supedâneo nos tópicos anteriormente lançados, tergiversar-se-á sobre a diferenciação, primeiramente, entre o tema da responsabilidade extracontratual do Estado da teoria que expõe o sacrifício de direitos particulares em benefício do direito que se pretende à coletividade.

Ao depois, utilizando-se das premissas basilares contidas no primeiro subcapítulo, analisar-se-á a responsabilidade extracontratual do Estado quando da intervenção sobre o domínio econômico, em especial quando não atendidos os princípios e condições básicas vislumbrados no capítulo anterior, ou seja, as condições mínimas para a continuidade da atividade empresarial.

Ato contínuo, tendo em conta as teses fundamentais tidas no capítulo segundo, condicionadas ao item 3.2 deste terceiro capítulo, ou seja, a responsabilidade extracontratual do Estado quando da intervenção no domínio econômico, observar-se-á, em linha de corte metodológico e de maneira mais aprofundada, a responsabilidade extracontratual do Estado quando da intervenção no domínio econômico através do controle de preços, valendo-se para tal análise, além das premissas básicas já citadas, o próprio entendimento dos Tribunais Superiores, vislumbrando-se, até mesmo, a dicotomia existente entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal no que se refere à responsabilidade por atividade interventiva Estatal, demonstrando-se a aplicação, no primeiro, da teoria conhecida como Análise Econômica do Direito e, no segundo, da teoria conhecida como Razões de Estado.

Desta forma, buscar-se-á, neste capítulo, inclusive em sede conclusiva ao presente estudo, a demonstração de que o Estado, inobstante qualquer atividade que pretenda perquirir, seja, até mesmo, na busca pela consubstancialização do interesse público primário, não deve fazê-lo ao arrepio da Lei, mas sim, em sendo o caso e dentro de parâmetros básicos e igualitários, indenizar todo e qualquer agente econômico privado que sofra danos em razão das

decisões políticas tomadas pelo Estado, na pessoa de seus representantes legalmente admitidos para tanto.

3.1 RESPONSABILIDADE E SACRIFÍCIO DE DIREITO

Atualmente, a Constituição Federal, por meio de seu art. 37, § 6º, conforme postulam doutrina e jurisprudência dominantes (exceção feita a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello e seus seguidores), expressamente prevê a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público.

Dessa forma, a responsabilidade civil do Estado no exercício de suas competências constitucionalmente previstas, bem como de seus desmembramentos administrativos, corresponde à obrigação que lhe é imposta de reparar os danos causados por seus agentes¹⁰², independentemente, da prova de culpa no cometimento da lesão. Não pode ser confundido com a obrigação, a cargo do Poder Público, de indenizar os particulares naqueles casos em que a ordem jurídica lhe confere o poder de investir diretamente contra o direito de terceiros, sacrificando certos interesses privados e convertendo-os em sua correspondente expressão patrimonial, como, por exemplo, a desapropriação.

Segundo Renato Alessi, só cabe falar em responsabilidade, propriamente dita, quando alguém *viola* um direito alheio, ou seja, quando o fato gerador reside na ação ou omissão voluntária violadora de direito ou causadora de prejuízo, sendo a regra genérica, pois abrange tanto a responsabilidade extracontratual como a contratual. Se não há violação, mas apenas debilitamento, *sacrifício* de direito, previsto e autorizado pela ordenação jurídica, não está em pauta o tema responsabilidade extracontratual do Estado¹⁰³.

Vale lembrar que ordem jurídica pode prever, e prevê, o eventual contraste entre dois interesses, ambos valiosos e merecedores de tutela e proteção. Aliás, igualmente, postula igualmente a solução nestes casos.¹⁰⁴ Melhor dizendo: se um interesse público não pode ser satisfeito sem o sacrifício de um interesse

¹⁰² *agente* está no sentido genérico de servidor público, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público em caráter permanente ou transitório. Sendo esta a regra contida no Art. 327 do Código Penal, bem como em seu § 1º.

¹⁰³ apud MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p 853.

¹⁰⁴ Ibidem.

privado, também tutelado, a solução normativa ditará a preponderância do primeiro, nos casos em que deva prevalecer, sem, contudo, ignorar ou menoscabar a proteção do interesse privado a ser atingido. Estabelece-se, então, um dever de indenizar àquele cujo direito foi sacrificado a fim de poder-se realizar outro interesse maior (opera-se uma conversão do direito atingido em sua equivalente expressão patrimonial).

Distingue-se o dever de ressarcir (ressarcimento) do dever de indenizar (indenização). O ressarcimento decorre de ato ilícito, já os casos de responsabilidade, a indenização é devida mesmo em face de ato lícito que cause dano a terceiro (distinção que Celso Antônio Bandeira de Mello diz não proceder).

Não há que se falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercitar um poder que a ordem jurídica lhe confere, autorizando-o a praticar um ato cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém.

A distinção entre sacrifício de direito e responsabilidade do Estado discutido por Celso Antônio Bandeira de Mello consiste em falar que incide o primeiro caso quando a ordem jurídica estabelece em prol do Estado um poder cujo conteúdo reside especificamente em aniquilar um direito alheio, que se converterá em correlativa expressão patrimonial e, pelo contrário, caberá falar em responsabilidade do Estado por atos lícitos nas hipóteses em que o poder deferido ao Estado e legitimamente exercido acarreta, indiretamente, como simples consequência – não como sua finalidade própria -, a lesão a um direito alheio¹⁰⁵.

Há casos em que o Estado é autorizado pelo Direito à prática de certos atos que não têm por conteúdo próprio sacrificar direito de outrem. Sem embargo, o exercício destes atos pode vir a atingir direitos alheios, violando-os, como mero subproduto; como simples resultado ou seqüela de uma ação legítima. Sendo assim em casos de atuação, v. g., o nivelamento de uma rua. Procedido este, com todas as cautelas e rigores técnicos, algumas casas ficarão, inevitavelmente, abaixo ou acima do nível da rua, com manifestos prejuízos para seus proprietários¹⁰⁶.

¹⁰⁵ MELLO, op. cit, p. 854.

¹⁰⁶ Ibidem.

O conteúdo do poder atribuído ao Estado não consistia em sacrificar o direito de alguém. Não era esta a finalidade visada pela norma que investia a Administração em poderes para determinar o nivelamento da rua. Resultou, como consequência desta atuação legítima – orientada para outra finalidade -, a violação do direito de alguns proprietários lindeiros à rua nivelada. Portanto, a norma autorizadora não tem em vista qualquer sacrifício de direito. O direito de alguém é atingido, é transgredido, como seqüela de uma atividade legítima que tinha em mira satisfazer outro interesse jurídico. Enquanto que o sacrifício de direito, propriamente dito, a norma autorizadora, legitima um comportamento cujo alcance não é outro senão sacrificar o direito a ser atingido. Ambos os casos são ensejadores de indenização e excluídos da responsabilidade propriamente dita.

É importante, ainda, que se faça a análise dos fundamentos da responsabilidade do Estado, cujos quais, porém, não se confundem com as condições que ensejam essa responsabilidade. Há que se fazer uma breve diferenciação.

Condições que ensejam a responsabilidade estatal consistem no conjunto de requisitos para que se possa falar na obrigação do Poder Público de reparação de danos, de responsabilização.

Fundamentos da responsabilidade do Estado, por sua vez, correspondem à razão dessa responsabilidade, ou seja, à base sobre a qual se sustenta a justificativa de tal responsabilização. Dessa forma, pode-se dizer que os fundamentos da responsabilidade estatal justificam a existência das condições, que, se verificadas, dão causa a mencionada responsabilização.

Tanto para Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁰⁷ como para Diógenes Gasparini¹⁰⁸, esse fundamento deve ser analisado de forma bipartida. Assim, para referidos autores, quando se tratar de comportamentos ilícitos, a responsabilização seria a “contrapartida do princípio da legalidade”¹⁰⁹. E, no caso de comportamentos ilícitos comissivos, o fundamento estaria assentado no princípio da igualdade. Em se tratando, porém, de comportamentos lícitos, o fundamento estaria na garantia de “uma equânime repartição dos ônus

¹⁰⁷ MELLO, op. cit, p. 866.

¹⁰⁸ GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 153.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 149-153.

provenientes de atos ou efeitos lesivos”¹¹⁰, ou seja, seria uma das manifestações do princípio da igualdade, na medida em que busca-se evitar que os prejuízos advindos de atividades que beneficiam todos os cidadãos sejam suportados somente por uma pessoa¹¹¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello traz, ainda, alguns questionamentos que considera sejam fundamentais para a análise e o estudo preciso do tema da responsabilidade estatal. Tais questionamentos versam sobre os sujeitos que podem comprometer a responsabilidade estatal; os caracteres da conduta lesiva que se fazem necessários para ensejar a responsabilidade; as características do dano para que seja indenizável; as hipóteses de exclusão de responsabilidade por parte do Estado¹¹².

Desta forma, no caso da intervenção do Estado sobre o domínio econômico, revela-se de curial importância o estudo do tema “sacrifício de direito”, haja vista que, diversas vezes, o Estado através de suas políticas públicas cria normas que infringem diretamente o direito de pessoas jurídicas e naturais, ou seja, a lei que introduz a norma no ordenamento jurídico carrega em si fundamento tal que implica em sacrifício expresso de direitos de particulares para a consecução de suposto interesse maior, desvelado, na maioria das vezes, como o consagrado interesse público primário.

Logo, nestes casos, havendo ciência prévia desta lesão, haja vista o conteúdo da norma já prever o sacrifício de determinado direito, não há que se falar em responsabilidade estatal, figura esta, como visto, distinta do sacrifício de direito, e, por conseguinte, diversas diferenciações devem ser feitas, inclusive no que tange à forma de indenizar, que, nestes casos, deve ser prévia, posto que os resultados já estão previstos na norma introdutora.

¹¹⁰ HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito administrativo e judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1998. p. 21-22.

¹¹¹ ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 8.

¹¹² MELLO, op. cit. p. 867

3.2 RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR INTERVENÇÃO SOBRE O DOMÍNIO ECONÔMICO

Primeiramente, mister se faz observar a evolução histórica do instituto da responsabilidade estatal, para, ao depois, analisar a responsabilidade do Estado regulador, especialmente no que se refere à sua atividade controladora de preços.

3.2.1 Evolução Histórica da Responsabilidade Estatal: Breves Considerações

O dever do Estado indenizar seus administrados pelo prejuízo ocasionado por suas condutas (comissivas ou omissivas) na pessoa de seus agentes passou por várias fases.

A primeira fase é a da irresponsabilidade do Estado, cuja qual perdurou do aparecimento do Estado Moderno até o final do século XVIII e se fundamentou no conceito de soberania, entendendo-se como sinônimo de soberania a palavra rei. Este período refere-se, portanto, ao absolutismo quando o rei afirmava que seu governo era por direito divino. Nessa linha de raciocínio, atribuir alguma responsabilidade ao Estado contrariaria o próprio significado de soberania e equipararia o rei a seus súditos, o que, como sói esclarecer, até então tinha-se como inadmissível.¹¹³

A irresponsabilidade do Estado não era absoluta, admitia algumas tênues exceções. Por exemplo, na hipótese de existir uma lei específica que previsse expressamente a responsabilidade estatal, *v.g.*, por danos oriundos de obras públicas. Existia ainda a possibilidade do funcionário público ser responsabilizado pessoalmente, entretanto para que isso ocorresse, em razão do princípio da “garantia administrativa dos funcionários”, era necessário que o Conselho de Estado francês autorizasse essa responsabilização, o que quase nunca acontecia.¹¹⁴

Pela grande injustiça que gerava tal irresponsabilidade, a mesma foi

¹¹³ ANNONI, op. cit. p. 26-28.

¹¹⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 235-236.

superada no século XIX e conseqüentemente sucedida pela primazia da responsabilidade do Estado. No início desta nova fase, ainda com resquícios da anterior, houve a divisão entre atos de império (praticados pelo rei) e atos de gestão (praticados pelo Estado através de seus funcionários). Somente os atos de gestão poderiam gerar responsabilidade, uma vez que o rei “não errava”. Esta divisão não perdurou muito tempo¹¹⁵.

Vigorou, com influências do liberalismo, a responsabilidade subjetiva ou com culpa civil do Estado, baseando-se na teoria civilista da culpa. Significava afirmar que, nos moldes do Direito Privado, o Estado e os particulares encontravam-se no mesmo nível, sendo necessário, portanto, para que se configurasse a responsabilidade do Estado, que o administrado provasse a culpa do Estado.

De acordo com o Direito Privado, o Estado responderia por culpa (imprudência, negligência ou imperícia) e por dolo (vontade livre e consciente de agir). Destaque-se o fato de que o Código Civil brasileiro de 1916 adotou esta teoria da responsabilidade subjetiva, a qual, segundo a maioria da doutrina e jurisprudência, perdurou até a Constituição Federal de 1946.

Primeiramente considerava-se para fins de indenização a culpa do agente público, também tida como culpa civil ou subjetiva. Neste período só quando o agente procedesse com culpa ensejaria a responsabilidade estatal, sendo que de início apenas o funcionário era responsabilizado, só num segundo momento o Estado passou a também responder perante o administrado prejudicado¹¹⁶.

Posteriormente, segundo a teoria publicista, a culpa não seria mais do agente estatal, mas sim do serviço público. Surgia, então a “teoria da culpa do serviço” (“*faute du service*”). Era a “culpa anônima do serviço público”, ou seja, mesmo que o funcionário faltoso não fosse identificado o Estado responderia sempre que seu serviço não funcionasse, funcionasse mal ou de forma atrasada. Apesar do avanço, ainda se tratava da responsabilidade subjetiva, devendo o particular provar, além do dano e do nexo de causalidade, a culpa do Estado¹¹⁷.

Apesar desta evolução ainda era injusto para o administrado prejudicado ter que provar a culpa estatal. Com esta idéia de ampliar a proteção dos particulares, a jurisprudência francesa, através do seu Conselho de Estado,

¹¹⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 267.

¹¹⁶ ANNONI, op. cit. p. 28-30; CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 236.

¹¹⁷ ANNONI, op. cit. p. 31; CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 236-238.

começou a forjar a responsabilidade objetiva do Estado. Segundo a qual, não é necessário que haja culpa da administração, o Estado responde em razão do risco inerente ao exercício de sua função, é a denominada teoria do risco administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua responsabilidade objetiva como

[...] a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.¹¹⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro¹¹⁹ afirma que a responsabilidade objetiva fundamenta-se no “princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais”. Este princípio significa que como os benefícios resultantes do exercício da função estatal aproveitam a todos os administrados, os prejuízos sofridos por um particular em decorrência dessa função administrativa devem ser repartidos entre todos, através da indenização feita pelo Estado com dinheiro público, por exemplo, uma obra pública não perigosa que onere excessivamente, com seus inconvenientes, um particular em benefício da coletividade.

Outrossim, há alguns doutrinadores, dentre eles Hely Lopes Meirelles¹²⁰, que reconhecem na responsabilidade objetiva, além do risco administrativo, o risco integral. Significa dizer que o Estado responderia de forma absoluta, ainda que não concorresse para o dano. Desta maneira não seriam admitidas as excludentes de responsabilidade, a saber: culpa da vítima, de terceiros, caso fortuito ou força maior. Todavia, esta interpretação não encontra eco entre os doutrinadores e principalmente entre a jurisprudência.

3.2.2 Responsabilidade Extracontratual do Estado Intervencionista

Conforme já exposto anteriormente, observou-se que a intervenção do Estado sobre o domínio econômico dá-se por inúmeras formas, inclusive através da edição das mais variadas normas, cada qual com um fim específico. Desta

¹¹⁸ MELLO, op. cit. p. 857.

¹¹⁹ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 1990. p. 192.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 548.

maneira, convém lembrar que a mais nítida alteração trazida pela Constituição de 1988 refere-se às pessoas capazes de gerar dano. Faz-se necessário transcrever a redação do atual texto constitucional ao dispor em seu art. 37 § 6º que

[...] as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É oportuno ponderar que, como visto na hipótese de ocorrer o sacrifício de um direito, para ocorrer reparação, a agressão à esfera juridicamente protegida de terceiro não deve estar autorizada em lei. É o caso, por exemplo, da desapropriação, em que ocorre um debilitamento de direito, com necessária previsão legal de justa e prévia indenização. Faz imprescindível asseverar que para ser susceptível de reparação o dano deve ser certo, anormal e ter por objeto uma situação juridicamente resguardada.

Assim, na lição de Alexandre de Moraes, a responsabilidade prevista no § 6º, do Art. 37, da Carta Constitucional, exige a presença dos seguintes requisitos: “ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal”¹²¹. É o que também diz o Supremo Tribunal Federal:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou

¹²¹ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 904.

omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 – RTJ 131/417). ([RE 109.615](#), Rel. Min. Celso de Mello, DJ 02/08/96)

Ao observar-se a jurisprudência pátria, verifica-se a atribuição de responsabilidade civil por danos, em maciça expressão, derivados dos atos da Função Executiva do Estado.

Ocorre que, erroneamente, têm-se considerado a Administração Pública como os órgãos integrantes daquela função. Tal entendimento necessita urgentemente de revisão, uma vez que se demonstra incompatível com os fundamentos do Estado Democrático de Direito.

O Estado, segundo Dalmo de Abreu Dallari seria melhor definido como "a ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território"¹²². É o Estado quem exerce as atividades administrativas, por meio dos órgãos e pessoas jurídicas por ele criados, ou seja, a Administração Pública direta e indireta.

No âmbito da responsabilidade extracontratual do Estado, deve-se considerar a Administração Pública em sentido amplo, tanto sob o ângulo subjetivo como objetivo, eis que a Administração Pública, em tal sentido e do ponto subjetivo, formal e orgânico, compreende as três funções do Estado: Legislativa, Executiva e Judiciária. Nessa macrovisão da Administração Pública, pode-se dizer que o Estado é administrado pelas aludidas funções, sendo que o Executivo detém a primazia dessa atividade.

Em sentido amplo, sob o ângulo objetivo, Administração Pública refere-se à atividade administrativa exercida por funções, onde cada qual possui uma característica específica, quais sejam: julgar, legislar e administrar. Entretanto, além de suas funções próprias, possuem funções originárias de outro vértice do Estado, como, por exemplo, a atribuição de função originariamente do Legislativo ao Judiciário.

Desta forma, o Legislativo, além de ter como função principal a edição de leis, exerce também funções originárias tanto do Executivo como do Judiciário, quando, por exemplo, delimita sua forma de trabalho, organizando os

¹²² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 118.

servidores, administrando seu patrimônio, onde estaria desempenhando sua função administrativa.

Logo, resta evidente que o Poder do Estado é uno e indivisível, sendo equivocadamente denominada a separação de poderes para o que seria, na verdade, uma separação de funções, formulada para, primeiramente, assegurar a liberdade dos indivíduos, além de viabilizar o desempenho das competências estatais.

Destarte, independente de qual seja o centro de competências e qual seja a função exercida, se o Estado causar lesão a terceiro deverá repará-la, como assim evidencia-se nos casos de danos oriundos de atos legislativos, estes aqui compreendidos em sua concepção ampla, não restrita.

Cabe colocar que ao se falar de atos legislativos está se referindo àqueles material e formalmente legislativos, inclusive aqueles derivados dos centros de competência que não tem a função precípua de legislar, uma vez que a Constituição Federal de 1988, por exemplo, prevê a possibilidade de edição de atos com conteúdo de lei pelo Executivo, como as medidas provisórias, conforme consta expressamente no Art. 62.

De certo, havendo dano decorrente de lei, como ato emanado de competência, ou função, a obrigação do Estado será repará-lo, eis que, como visto, este é uno, dividindo-se, apenas e tão somente, inclusive para melhor exercício de suas atribuições, o exercício das competências constitucionalmente previstas.

Contudo, muito se discute a respeito do assunto e, tanto a doutrina quanto jurisprudência nacionais ainda encontram-se divididas entre a irresponsabilidade por atos legislativos e a responsabilidade por lei inconstitucional, com poucas considerações doutrinárias a respeito de responsabilidade por lei constitucional.

No tocante à lei em conformidade com a Constituição, há corrente no sentido de que não caberá responsabilização mesmo que ela cause danos aos destinatários, todavia, estes danos devem ser repartidos por toda a coletividade. Noutra sentença, tem-se o posicionamento de que se a lei constitucional impuser sacrifício mais gravoso a indivíduo ou determinado grupo de indivíduos, caracterizando um dano anormal e especial, desde que se demonstre o nexo causal entre dano e o ato legislativo, caberá reparação.

Neste sentido, pode-se observar a existência de três correntes acerca do tema: a primeira, que afirma ser o Estado legislador irresponsável; a segunda, ao afirmar que somente haverá responsabilidade por danos oriundos de lei inconstitucional, sendo tal inconstitucionalidade deve ser, primeiramente, declarada por decisão judicial, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal; e uma terceira corrente, em cuja qual a sempre haverá responsabilidade por danos advindos de lei constitucional ou inconstitucional, que importe em detrimento de determinado direito individual ou de determinado grupo, sendo o dano anormal e especial.

Diversos autores ainda sustentam a tese da irresponsabilidade do Estado por atos legislativos; dentre eles mencione-se Hely Lopes Meirelles que não admite a responsabilização civil da fazenda pública por danos eventualmente causados por lei, ainda que declarada inconstitucional.

Entre os que se mostram mais receptivos à segunda corrente encontra-se Mário Moacyr Porto ao mencionar que o Estado responde pelos prejuízos causados pela aplicação da lei declarada inconstitucional pelo poder judiciário.¹²³ No mesmo sentido é o escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem a regra de que a responsabilidade por leis inconstitucionais depende da prévia declaração de inconstitucionalidade é a mesma para atos normativos editados pelo Executivo. Se reconhecida sua inconstitucionalidade ou mesmo a sua ilegalidade, poderá ensejar a responsabilidade do Estado, porque o dano é causado por ato emitido contra a lei, portanto fora do exercício das competências constitucionais.¹²⁴

Em relação a atos emanados do Poder Legislativo, a regra geral é não caber a atribuição de responsabilidade civil ao Estado por decorrência da edição de normas jurídicas. Contudo, segundo pontua José dos Santos Carvalho Filho, "é plenamente admissível que, se o dano surge em decorrência de lei inconstitucional, a qual evidentemente reflete a atuação indevida do órgão legislativo, não pode o estado simplesmente eximir-se da obrigação de repará-lo". Idêntico raciocínio se aplicaria às leis de efeitos concretos, as quais materialmente constituem atos administrativos, apesar do revestimento formal de lei. Sobre tanto, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já assentou que "o Estado só responde (em forma de

¹²³ PORTO, Mário Moacyr. Responsabilidade civil do estado: atos legislativos e atos judiciais. **Revista CEJRN**. Natal/RN: CEJRN, 1995. p. 11.

¹²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit., p. 193.

indenização, ao indivíduo prejudicado) por atos legislativos quando inconstitucionais, assim declarados pelo Supremo Tribunal Federal"¹²⁵.

Desta forma, a postura do STJ tem sido exatamente no sentido de corroborar atitudes invasivas da Administração Pública na esfera particular, uma vez que tem quedado-se silente e omissivo quando da conduta estatal que gera danos patrimoniais aos particulares, em decorrência de sua ingerência no domínio econômico, seja em qual esfera do planejamento a mesma ocorra. Aliás, sobre o tema interessante colacionar a ementa do Recurso Especial nº 614.048 – RS, cuja relatoria foi do Ministro Luiz Fux, veja-se:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. IMPORTAÇÃO. OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS EM MOEDA ESTRANGEIRA. PARIDADE CAMBIAL. REGIME DE BANDAS CAMBIAIS INSTITUÍDO PELO BACEN. COMUNICADOS 6.563/99 E 6.565/99. LIBERAÇÃO PARA QUE O MERCADO DEFINISSE A TAXA DE CÂMBIO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE.

1. Ação em que se pleiteia a disponibilização à recorrente da quantia de U\$6.560/99), ou seja, R\$ 1,32 (um real e trinta e dois centavos), à consideração de que: (a) a Resolução 2.234/96 determinava a intervenção obrigatória do Banco Central do Brasil sempre que os limites das faixas de flutuação, superior ou inferior, fossem atingidos pelas taxas praticadas no mercado; (b) o Banco Central do Brasil, ao definir que não mais interviria no mercado mediante a fixação de bandas cambiais para manter a estabilidade da moeda nacional frente ao dólar americano (Comunicados 6.563/99 e 6.565/99), modificou, sem autorização do Conselho Monetário Nacional, as diretrizes previstas em lei, afetando sobremaneira os negócios assumidos em moeda estrangeira.

2. Salienda-se, inicialmente, que a paridade a que se refere o § 2º do art. 3º da Lei 9.069/95 diz respeito apenas ao lastreamento da moeda nacional, não guardando qualquer relação com a taxa de câmbio que, na prática, segue as oscilações do mercado.

3. A prerrogativa atribuída ao Banco Central do Brasil, de intervir no mercado para garantir a estabilidade da moeda nacional, está expressamente prevista no art. 11, III, da Lei 4.595/64. Entretanto, o Banco Central do Brasil, na sua missão de manter a estabilidade das taxas cambiais, poderá, quando muito, alterar as condições normais de oferta e procura, vendendo ou comprando moeda estrangeira e puxando, para cima ou para baixo, o seu valor equivalente em moeda nacional. Isso porque a razão existente entre a moeda nacional e outras moedas estrangeiras não depende apenas do mercado interno, mas de inúmeros outros fatores, muitas vezes relacionados a fatos imprevisíveis.

4. São extremamente previsíveis, por outro lado, as variações da moeda nacional frente à norte-americana, daí é que deve surgir a prudência do importador, que tem em suas mãos a possibilidade de amenizar os riscos inerentes ao negócio assumido em moeda estrangeira, mediante a contratação de seguros (operações de cobertura -hedge- realizadas por meio de operações de swap) contra os efeitos das variações de câmbio.

5. Conforme assentado pelo eminente Ministro Luiz Fux no julgamento dos REsps 549.873/SC e 614.048/RS, "a ingerência de fatores exteriores aliada à possibilidade de o particular prevenir-se contra esses fatores alheios à

¹²⁵ STJ, REsp 201972 / Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, DJ 30.08.1999, p. 41.

vontade estatal, acrescido da mera natureza indicativa da política econômica revela a ausência de responsabilização do Estado".
6. Recurso especial desprovido

Neste sentido, cumpre observar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no que se refere ao tema central deste estudo, como corte metodológico quanto ao tema do planejamento econômico através do controle de preços, conforme pode-se observar pela decisão que se colaciona a seguir, fruto do julgamento do Recurso Especial nº 79937, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, onde observa-se inequivocamente a corroboração e concordância com a postura invasiva descomprometida com o ordenamento jurídico e direitos e garantias fundamentais, veja-se:

DIREITO ECONÔMICO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. TABELAMENTO. PREÇO ÚNICO. SETOR SUCRO-ALCOOLEIRO. CONGELAMENTO DE PREÇOS. PLANOS ECONÔMICOS. IAA - Instituto do Alcool e do Açúcar. APURAÇÃO DE CUSTO DE PRODUÇÃO PELA FGV - FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. INDENIZAÇÃO PLEITEADA POR PREJUÍZO OCASIONADO POR POLÍTICA DE FIXAÇÃO DE PREÇOS EM DESACORDO COM OS CRITÉRIOS DO ART. 9º DA Lei n.º 4.870/65.

I - O exercício da atividade estatal, na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para esse fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal; imprescindível a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de economia pública.

II - O tabelamento de preços não se confunde com o congelamento, que é política de conveniência do Estado, enquanto intervém no domínio econômico como órgão normativo e regulador do mercado, não havendo quebra do princípio da proporcionalidade ao tempo em que todo o setor produtivo sofreu as conseqüências de uma política econômica de forma ampla e genérica.

III- Apesar de inviável, em sede de recurso especial, a quantificação dos danos sofridos pelas usinas e engenhos de açúcar - com a fixação de preços únicos para o setor sucro-alcooleiro, decorrente de tabelamento de preço - porque implica em reexame de prova vedado pela Súmula n.º 07/Colendo Superior Tribunal de Justiça, é possível a discussão da legalidade dos critérios exteriorizadores da defasagem do setor.

Aliás, imperioso ressaltar clara menção pela relatora da ementa acima transcrita, quando, para justificar a ilícita atuação estatal, encerra dentro de seu voto as aqui já citadas e discutidas Razões de Estado, conforme observa-se no seguinte trecho, veja-se:

[...] Conclui-se pela improcedência do pedido de indenização, porque o exercício da atividade estatal na intervenção no domínio econômico, não está jungido, vinculado, ao levantamento de preços efetuado por órgão técnico de sua estrutura administrativa ou terceiro contratado para este fim específico; isto porque há discricionariedade do Estado, na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal, eis que, no caso em tela, era necessária a conjugação de critérios essencialmente técnicos com a valoração de outros elementos de econômica pública. [...]

Nada obstante, como corolário da negativa à análise econômica do Direito ou à subsunção da interpretação do ordenamento jurídico a fatores externos à norma legalmente inserida no ordenamento, sequer necessita-se ir tão distante nos julgados do STJ, uma vez que, em brilhante passagem, em seu voto-mérito, a Ministra Eliana Calmon, no mesmo julgado, assim estabeleceu:

[...] os planos econômicos não deram certo, e, com eles, houve uma defasagem entre valor real e inflação.

Dentro desse entendimento e dentro da diretiva traçada pelo Judiciário, não posso me afastar de um dispositivo de lei que estabelece qual é a forma de cálculo do preço da cana, esse é o padrão para se fazer o cálculo, e é um preço que deve obedecer e observar as situações previstas em lei, desprezada no momento em que houve o congelamento de preços. A empresa diz que em decorrência do congelamento de preço teve prejuízos. Lógico que teve prejuízos, se houve o congelamento de preços e a inflação não ficou congelada, houve defasagem do preço real.

Assim, segundo minha ótica, a única questão que poderia e pode ser discutida é o valor do prejuízo, fixado em perícia realizada pela Fundação Getúlio Vargas. Não questiono quanto à perícia, porque isso para mim é exame de provas, vedado neste Tribunal – Súmula 7 – mas em um entendimento de que o congelamento de alcançou e maculou o que está estabelecido em lei. Alega a União, que esta ação causa um grande estrago aos cofres públicos. Mas isso, data venia, não é um problema do Judiciário, porque não é possível julgarmos com a calculadora nas mãos. Temos que seguir o critério legal. E, dentro desse critério legal, não tenho dúvida de que a norma do art. 9º e do art. 11 da Lei 4.870, de 1º de dezembro de 1965, foi efetivamente violada pelas normas de congelamento de preços. [...]

E continua:

[...] se houve congelamento, mas em razão do ato do governo, houve prejuízo, esse prejuízo deve ser ressarcido. A prova maior são os expurgos inflacionários dos planos econômicos. Daí porque não há espaço para que se responda, neste contexto, o que indaga a Ministra Nancy Andritghi. Quem diz que o Estado pode interferir no mercado, controlando o preço, não é o Judiciário. É a lei, a partir da

Constituição. Mas a interferência é regrada pelas normas traçadas pelo Estado. [...]

Entretanto, em que pese a clara digressão acima formulada e defendida pela Min. Eliana Calmon, o recurso em questão acabou por consolidar a postura irresponsável do Estado, enquanto agente regulamentador da atividade econômica, cuja qual, felizmente, somente veio a ser alterada pela mais alta corte brasileira, o Supremo Tribunal Federal.

Porém, há de se destacar o fato de que a orientação da doutrina tem-se fixado no sentido de proclamar a plena submissão do Poder Público ao dever jurídico de reconstituir o patrimônio dos indivíduos cuja situação pessoal tenha sofrido agravos motivados pelo desempenho inconstitucional da função de legislar¹²⁶.

Adentrando no que concerne à possibilidade da responsabilidade do Estado mesmo em se tratando de lei constitucional, faz-se necessário algumas colocações.

Com efeito. Algumas vezes o Estado embora com o escopo de editar normas gerais e abstratas, acaba por atingir diretamente um grupo delimitado de pessoas, de sorte a lecionar Carlos Roberto Gonçalves, citando Said Cahali, que a questão não comporta ser solucionada *in genere* mas examinada *in specie*.¹²⁷

Desta forma, conforme já amplamente exposto, em não havendo dúvidas que o poder do Estado é uno e indivisível, deve ser atribuído ao Executivo, Judiciário e Legislativo tratamento equânime, inclusive para assegurar a independência e harmonia entre eles.

Logo, apesar da matéria aqui discutida ainda encontrar grande dificuldade de aceitação, verifica-se, vagarosamente, a conquista de espaço na interpretação do ordenamento jurídico, mostrando que em pouco tempo será alcançado o plano idealizado por Canotilho, citado por Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas, onde haverá "obrigatoriedade de indenização sempre que haja sacrifício grave e especial imposto aos cidadãos em nome do interesse público"¹²⁸.

¹²⁶ STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3.ed. São Paulo: RT, 1997. p. 483.

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 169.

¹²⁸ Apud FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado por atos legislativos**. Franca: UNESP, 2001. p. 86.

Assim, no ano de 2005, relativa mudança na compreensão acerca do tema em voga, em virtude, principalmente, do julgamento do Recurso Extraordinário 422.941-2¹²⁹, pelo Supremo Tribunal Federal, com relatoria do Ministro Carlos Velloso, cuja ementa é a seguinte, veja-se:

CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA. REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º.

I – A intervenção estatal na economia, mediante a regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem Econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.

II – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.

III – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamentos que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF art. 37, § 6º.

IV – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica.

V – RE conhecido e provido.

Desta forma, restou claro que a conduta judicial, até então complacente com atitudes ilegais da Administração Pública, no que se refere ao controle de preços de determinadas atividades, passaria a ter uma mudança de postura, passando a respeitar, como já exposto, o mínimo de lucratividade, custo e re-investimento da atividade empresarial. Alias, observe-se o seguinte trecho de aludida ementa, condizente ao voto do relator, veja-se:

[...] Consectariamente, viola os arts. 9º, 10 e 11 da Lei 4.870/65 acórdão que não reconhece o direito à indenização à usina do setor sucro-alcooleiro sofrido dano especial e anormal na medida em que, enquanto sabidamente os agentes econômicos em geral puderam recompor os preços, os produtores de cana, açúcar e álcool viram-se obrigados a praticar os preços impostos pelo governo federal, que mostravam-se inferiores aos níveis mínimos de rentabilidade decorrentes de critérios técnicos razoáveis e previstos em lei. [...]

¹²⁹ No mesmo sentido ver RE 368.558/DF.

Ademais, a Administração Pública não pode deixar de observar o ordenamento jurídico, em especial a Constituição Federal e seus desdobramentos, sob o argumento de que estaria logrando postura sob o crivo de um bem maior, sob a alcunha do interesse público. Neste sentido, inclusive, é o posicionamento do Ministro Celso de Mello, conforme observado pelo julgado colacionado no RTJ 165/355-356, “in verbis”:

LEIS DE ORDEM PÚBLICA – RAZÕES DE ESTADO – MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO – PREVALÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO – A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, “ex parte principis”, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo – não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública – que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade.

Desta forma, o mesmo Ministro Carlos Velloso é claro, no aludido Recurso Extraordinário 422.941-2, ao estabelecer em seu voto a impropriedade do então posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, corroborando a responsabilização do Estado quando do indevido controle de preços, ao estabelecer que:

[...] No caso, o acórdão recorrido ignorou os prejuízos causados à recorrente pelo poder público, prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia. Ignorou, olímpicamente, os prejuízos, ao curioso argumento de que assiste ao Estado o poder discricionário “na adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal”. É dizer, com base nessa discricionariedade inadmissível num Estado de Direito, é possível ao Estado, ao intervir no domínio econômico, desrespeitar liberdades públicas e causar prejuízos aos particulares impunemente.

Esclareça-se, ao cabo – quase em termos de repetição –, que não se trata, no caso, de submeter o interesse público ao interesse particular da Recorrente. A ausência de regras claras quanto à política econômica estatal, ou, no caso, a desobediência aos próprios termos da política econômica estatal desenvolvida, gerando danos patrimoniais aos agentes econômicos envolvidos, são fatores que acarretam insegurança e instabilidade, desfavoráveis à coletividade e, em última instância, ao próprio consumidor. [...]

Logo, pode-se observar que a interpretação das cortes superiores, em casos análogos, eram claramente antagônicas, uma vez que enquanto o Supremo Tribunal Federal afirma que a postura, em casos de regulamentação de preços, em havendo prejuízo, decorrente de circunstância ilegal ou inconstitucional, deve-se indenizar, já o Superior Tribunal de Justiça, com relação ao mesmo controle de preços, implica na desoneração do Poder Público, sob o argumento de “adequação das necessidades públicas ao contexto econômico estatal”, em claro detrimento às circunstâncias não apenas fáticas, mas, igualmente, em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Resta claro que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, diversamente da posição então dominante do Superior Tribunal de Justiça, vai ao encontro do posicionamento adotado neste estudo, uma vez que é claro o fato de que o Estado, ao intervir do domínio econômico através do controle de preços, ou seja, em sua modalidade regulatória, deve atender a requisitos mínimos, tais como, por exemplo, a obediência ao princípio da legalidade e da justa contraprestação ao valor do objeto, sob pena, até mesmo, de caracterizar-se o confisco.

Por conseguinte, em um país com uma produção legislativa é tão intensa, bem como leis são feitas para, em regra, atender aos interesses de determinados grupos, seria imprescindível a responsabilização do Estado legislador, com o consequente comprometimento dos parlamentares, de sorte a, desta forma, o Brasil estaria adequando-se aos princípios do Estado Democrático de Direito, em que se mostra impossível a coexistência da irresponsabilidade estatal.

Em outros termos: havendo regulação estatal na seara no domínio econômico e havendo danos aos particulares, não há que se falar em outra solução que não seja a responsabilização estatal, seja por força, como dito, pelos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito (adotado pela Carta Maior), mas, principalmente, face a não diferenciação imposta pelo Art. 37, § 6º, de referido diploma, posto que sendo uno o Poder e havendo simples divisão das funções, há que se impor responsabilidade a todos os componentes da Administração Pública que editem normas cujas quais venham a intervir sobre o domínio econômico.

3.2.3 Responsabilidade Extracontratual do Estado por danos decorrentes de Regulamentação através do Controle de Preços

Inicialmente, cabe referir que o assunto em exame parece não ter despertado a devida atenção do meio jurídico haja vista a escassa produção doutrinária acerca do tema. Todavia, é notório nos dias atuais que as gritantes insuficiências da Administração Pública no âmbito do planejamento eficaz das diversas políticas de sua competência como saúde, educação, segurança pública, infra-estrutura, e, em especial, com relação ao domínio econômico, têm gerado crescentes danos patrimoniais e extra-patrimoniais aos brasileiros.

Inicia-se com a abordagem do conceito de planejamento. Helio Saul Mileski¹³⁰ assevera que:

Em qualquer campo da atividade humana, especialmente os que envolvam a produção de bens e serviços, seja propiciando a geração de riquezas, seja para o atendimento do interesse coletivo, é imprescindível a utilização do planejamento, no sentido de que possa haver uma utilização adequada e pertinente dos recursos materiais, humanos e financeiros e que possibilite uma ação racional, com mais eficácia e eficiência, para o atingimento dos objetivos propostos. Quando essas questões envolvem o Poder Público e a sociedade, tendo em conta a precariedade de recursos para o atendimento do elevado grau das necessidades coletivas, com muito mais razão deve o Estado se utilizar do planejamento, a fim de poder investir e prestar melhores serviços, com uma aplicação mais inteligente de seus poucos recursos.

Na lição de José Afonso da Silva, "planejamento é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos"¹³¹.

De se perceber assim que o Art. 174 da Constituição Federal vigente atribui expressamente ao Estado a função de planejamento enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, ressaltando sê-lo determinante para o setor público e indicativo para o privado. Todavia, Mileski¹³² refere que o modelo federativo adotado pelo Estado brasileiro oferece dificuldade à

¹³⁰ MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003. p. 52.

¹³¹ SILVA, op. cit., p. 774.

¹³² MILESKI, op. cit., p. 53.

conciliação de um sistema harmônico e integrado de planejamento, embora a Constituição busque esse desiderato ao prever que "a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento" (art. 174, § 1º).

A concepção de planejamento na Administração Pública brasileira remonta a 1948, quando o governo de Eurico Gaspar Dutra elaborou o Plano Salte, desenvolvendo ações prioritárias aos setores da saúde, alimentação, transporte e energia. A Constituição Federal de 1967 e o Decreto-Lei nº 200/67 (que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu diretrizes para a Reforma Administrativa), criaram o Ministério de Planejamento e Coordenação Geral.

A Constituição de 1988 introduziu no Direito Financeiro o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias. A Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal) trouxe em seu Capítulo II o ponto específico ao planejamento orçamentário, indicando a consagração do planejamento na Administração Brasileira no que toca à correta gestão dos recursos públicos.

Sendo justamente neste ponto que se insere o planejamento, através da regulamentação de determinados setores da economia, principalmente através do controle de preços, que se tem o foco central deste estudo.

Como já afirmado anteriormente, o Estado, quando de sua intervenção no domínio econômico, para regulamentar preço de setores que julga serem essenciais ou de grande interesse para a nação, deve, no mínimo, cumprir determinados requisitos para que sua ação seja considerada, legal e/ou constitucional.

Neste sentido, quando não cumpridas tais circunstâncias (ou requisitos), como já exposto, poderá ensejar sua responsabilização, gerando ao agente atuante no domínio econômico, o direito a indenização, salvo nos casos, como igualmente demonstrado, em que se tratar de sacrifício de direito, ensejando a recomposição prévia de prejuízo futuro e certo.

Vera Lúcia Valle Figueiredo, uma das poucas pessoas a enfrentar o tema da responsabilidade civil do Estado por dano decorrente do planejamento, colacionou trecho do artigo *Responsabilidade por Dano decorrente de Planejamento Econômico*, de Almiro do Couto e Silva (RDP, nº 63, pág. 129, item 4), defendido em

Canela-RS, em 1981, no III Congresso de Direito Administrativo, no qual a jurista expressa o seguinte entendimento:

Fica assim claramente visto que, nos regimes de corte democrático, o primeiro problema jurídico que o planejamento projeta no plano lógico - o da sua admissibilidade em face da Constituição - é hoje, senão uma indagação de valor puramente histórico, pelo menos uma questão de simples medida. Efetivamente, não se discute mais que o planejamento seja possível dentro dos regimes democráticos. O que se pode discutir é se determinado plano, sob suspeita de violar direitos e garantias individuais, será ou não conciliável com a Constituição¹³³.

Couto e Silva conclui no sentido de que o Estado não pode deixar de indenizar quando provoca dano ao administrado por descumprir planos a que se obrigara. Estabelece também, em seu estudo, a diferenciação entre plano indicativo, incitativo ou estimulativo e imperativo, cujo qual é corroborado pelo estudo de Vera Lúcia Valle Figueiredo, ao estabelecer que:

Planos indicativos são aqueles em que o governo apenas assinala em alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada.

De outra parte, **planos incitativos** são aqueles em que o Governo não somente sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Nesses planos há não apenas a indicação como também, e, muitas vezes, promessas com várias medidas, quer por meio de incentivos, ou por qualquer outra forma para que a iniciativa privada colabore. Nessas hipóteses, contam os administrados que aos planos aderem com a confiança, a boa fé e a lealdade da administração. Portanto, se modificações houverem, certamente, em casos concretos existirão prejuízos.

Já os **planos imperativos** falam por si próprios, ou seja, a própria palavra, define-os. Imperativo é o que deve ser observado. O problema será aferir, no caso concreto, a conduta estatal, a conduta do lesado para verificação se há de se colocar alguma excludente e o dano causado e, também, se o ato foi lícito ou ilícito. Todavia, mesmo lícito, dependendo das circunstâncias poderá haver responsabilidade estatal, conforme já averbamos no item 4 deste estudo.¹³⁴

¹³³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2007. p. 12.

¹³⁴ apud FIGUEIREDO, op. cit., p. 13.

Dessa forma, apesar de expressamente não referir, parece ser possível extrair do raciocínio da jurista que os danos decorrentes de modificação de planos indicativos, por não incitarem ou determinarem a adesão dos particulares não seria suscetível de gerar responsabilidade civil do Estado, já que ela expressamente refere que, em razão da capacidade vinculativa ao particular, os planos incitativo e imperativo gerariam responsabilidade civil do Estado na eventual superveniência de dano ao particular.

Lúcia Valle Figueiredo, perfilando-se à corrente defendida por Couto e Silva, entende que a Administração deve ser responsabilizada por danos decorrentes de modificação de planejamento, citando o exemplo da máxi-desvalorização do cruzeiro ocorrida nos idos de 1979, durante a execução do Plano Nacional de Desenvolvimento Econômico, quando o Governo, apesar de constantemente reafirmar, nos veículos de comunicação de massa, sua intenção de manter a mini-desvalorização, portanto, mantendo a política adotada, procedeu a máxi-desvalorização, levando expressivo número de empresas à falência, uma vez que deviam em dólares.

Sobre o assunto, Canotilho manifestou-se em trabalho intitulado "Responsabilidade decorrente de Atos Lícitos" com o seguinte entendimento:

[...] Não discutiremos aqui se o plano é uma realidade jurídica autônoma ou se não passa de um conjunto de instrumentos diversos que não ganham qualquer qualificação jurídica especial pelo facto da sua reunião. [...] Especialmente, importa enfrentar a questão de saber qual a tutela do particular afectado pela mudança de planos económicos à sombra dos quais tinha feito os seus prognósticos e criado situações económicas irreversíveis¹³⁵.

E, ainda, o mestre Canotilho afirma serem necessárias a proporcionalidade e utilidade da modificação, concluindo:

[...] Estas promessas podem ser medidas de direcção, originadoras de um grau de confiança e boa fé nos destinatários que os leve, ancorados na protecção administrativa, a arriscarem-se a negócios financeiramente ruinosos. Parece-nos seguro ser de exigir à administração o exato conhecimento das suas possibilidades a fim de evitar que, através de promessas não mantidas, leve os particulares a compromissos e a riscos que eles não dominam e que não correriam se não fossem as garantias dos entes públicos. Mas a

¹³⁵ apud FIGUEIREDO, op. cit., p. 14-15.

demonstração da falta de cumprimento da promessa ou promessa será, talvez, elemento imprescindível ao desencadeamento do fenômeno indenizatório¹³⁶.

Uma indagação recorrente sobre o assunto assevera sobre a possibilidade das atividades de planejamento e as que dele derivem acontecerem ou não sob o manto da discricionariedade da Administração Pública. E a dúvida é absolutamente pertinente ao tema porque caso admitir-se que elas encontram-se cobertas pela discricionariedade, as ações de elaboração e execução de planejamento ficariam, em tese, excluídas de um controle efetivo, dando azo a amplo leque de modificações durante sua implementação, sem que isso pudesse vir a ser contestado pelas diversas formas de controle existentes em nosso sistema jurídico.

Ao contrário, se as referidas ações de planejamento do Estado forem consideradas normas vinculadas, obrigando-lhe determinada conduta, as modificações supervenientes eventualmente procedidas sujeitar-se-iam de forma ampla e irrestrita ao crivo do controle interno, externo, social e judicial do ato administrativo, definido por Juarez Freitas como "declaração unilateral da Administração Pública 'lato sensu' ou de quem exerça atividade delegada, de natureza infralegal, com fito de produzir efeitos no mundo jurídico"¹³⁷. E é inafastável concluir que qualquer planejamento estatal gera efeitos no mundo jurídico.

Neste sentido, importa colacionar o entendimento de Juarez Freitas sobre o ato discricionário:

Nos dias que correm, entretanto, com a feliz expansão da sindicabilidade (decorrente de princípios), tudo indica que devem ser afastados os critérios exclusivamente políticos, dada a natureza jurídica dos atos emanados legitimamente pela autoridade, inclusive no campo das políticas públicas e de planificação. Vai daí que não merece prosperar a escolha não-fundamentável juridicamente. O *mérito* (relativo a juízos de conveniência ou de oportunidade) pode até não ser diretamente controlável, em si, mas o demérito o será sempre.¹³⁸

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 210.

¹³⁸ FREITAS, op. cit., p. 217.

Aduz, ainda, o jurista gaúcho que

[...] ver-se-á que a autoridade administrativa, em realidade, jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou de conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais, ainda que a sua atuação guarde – eis o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que à concretização dos atos vinculados. Em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais pode e deve ser anulado.

Assim, diante dessas considerações doutrinárias, entende-se que a dúvida sobre a classificação dos atos de planejamento, se vinculados ou discricionários, esteja plenamente superada diante da evolução do direito administrativo que, influenciado e cogentemente submisso ao atendimento de normas constitucionais, aí incluídos seus princípios, já admite, em boa hora, que até mesmo os atos discricionários são sindicáveis na medida do exame de sua conformidade aos contornos da Constituição Federal, em especial aos ditames dos direitos e garantias fundamentais.

Ademais, nessa linha de raciocínio, pensa-se que seja possível examinar também a questão da responsabilidade objetiva do Estado por falta de planejamento, no sentido de que a falta de planejamento, em verdade, revela omissão e/ou inoperância do Poder Público, hipóteses que também configuram causa de responsabilidade civil quando resultam em danos a terceiros.

Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria do risco administrativo, já abordada em tópico apartado, tem-se que bastará ao lesado – ou seu espólio no caso do evento danoso resultar em morte da vítima – indicar o dano e o nexo de causalidade entre ele e o agir comissivo ou omissivo do Estado. Por sua vez, ao Poder Público caberá mover-se no sentido de provar a existência de eventuais excludentes ou atenuantes de sua responsabilidade a fim de ver afastado o dever de reparar e/ou compensar o dano ocorrido.

Desta forma, em que pese o planejamento do Estado, ainda que possa ser considerado como ato discricionário da autoridade administrativa, diante das luzes propiciadas pela vanguardeira doutrina do direito administrativo constitucional, também restará obrigatoriamente submetido aos mecanismos de controle para fins de verificação de sua conformidade com as inafastáveis regras

constitucionais, garantindo-se, dessa forma, a anulação dos atos de planejamento considerados inconstitucionais.

Por fim, diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a responsabilidade civil do Estado por dano decorrente de planejamento apresenta-se, no plano teórico, como efetiva possibilidade doutrinária, sendo defendida, inclusive, por juristas nacionais e estrangeiros renomados como J.J. Gomes Canotilho, Almiro do Couto e Silva e Lúcia Valle Figueiredo.

Todos comungam, em termos nucleares, com a ideia de que o particular ao aderir ou ao ser compelido pela força coercitiva do Estado a se submeter a um determinado planejamento governamental, age dentro do princípio da confiança e da boa-fé. Dessa forma, se do planejamento incitativo ou imperativo do Estado decorrer danos ao patrimônio do particular, este terá direito de buscar a reparação dos prejuízos advindos pela atuação perpetrada pelo centro de competências representante do Estado.

Todavia, no plano material, verifica-se que é ainda rarefeita a utilização da aludida teoria, especialmente pautando-se os Tribunais, para sua negativa, da aplicação da teoria tida como a análise econômica do direito, alhures analisada, evidenciando-se a necessidade de intensificação dos debates do assunto no meio jurídico como forma de consolidar sua aplicação, haja vista tratar-se a responsabilização civil do Estado por danos decorrentes do planejamento, especialmente através da regulamentação de preços, de importante instrumento de reparação patrimonial do particular lesado pelo Poder Público e de indispensável ferramenta no controle social nas ações de planejamento do Estado.

CONCLUSÃO

Visto que a Carta Constitucional de 1.988 trouxe em si a denominada "economia de mercado", mas, de forma diversa das demais, contemplou também outros princípios, cujos quais, inicialmente, podem parecer colidentes com o neoliberalismo outrora apregoadado, conforme exposto.

Este aparente conflito, como visto, resulta da adoção pelo texto constitucional dos princípios protetores, tais como da propriedade privada e da livre concorrência, mas, ao mesmo tempo, primando pela valorização do trabalho humano como princípio supremo, limitando a liberdade sob o fundamento da justiça social. Desta forma, pode observa-se que a Constituição Federal de 1.988, apesar de adotar o neoliberalismo no âmbito do domínio econômico, carrega em si valores, dentre outros, do denominado *welfare state*.

A outro, tem-se que a concepção de Constituição Econômica vincula-se ao conjunto de normas constitucionais (Ordem Econômica) que tem por objetivo disciplinar a atuação dos agentes econômicos através da determinação dos princípios que legitimam suas condutas.

Por conseguinte, é a parte da Constituição que interpreta o sistema econômico, uma vez que, a ordem ali prevista, travestida de ordem jurídica da economia, possui relações implicadas pela divisão social do trabalho, não se podendo admitir, por conseguinte, que sua análise e evolução dê-se desordenadamente ou mediante parâmetros que não aqueles previstos em lei.

Logo, a Constituição econômica pode ser definida como um conjunto de princípios, critérios, valores e regras fundamentais que presidem a vida econômico-social de um país, tendo por objetivo tratar dos fatores de produção e da relação entre iniciativa pública e iniciativa privada, estabelecendo o modelo econômico e a finalidade da economia.

Outrossim, pretendeu-se também observar a figura do que a melhor doutrina considera como "Sacrifício de Direito e Estado Democrático", bem como tal estudo pode ser considerado para a Intervenção Estatal na Economia em seus mais diversos amplos, principalmente no que tange aos efeitos cujos quais podem ser previstos com antecedência, especialmente para que esta não seja confundida com a Responsabilidade Extracontratual do Estado, principalmente no que tange ao seu

aspecto legislativo.

Ainda, pode-se concluir que a adoção de políticas econômicas visa a regulação macroeconômica, ou seja, a racionalização gradual da econômica para que os agentes econômicos (públicos e privados) atuem em favor do interesse social, mas em "harmonia" com seus interesses privados, isto é, sem alteração legal do sistema de apropriação de riquezas, inclusive no que se refere à atividade de regulação de preços.

A noção de uma Constituição com força normativa, que declara direitos, liberdades e garantias fundamentais, além de atribuir aos órgãos judiciários a tarefa de controlar o respeito a essas normas, coloca em tensão a atuação das funções legislativa, executiva e judiciária do Estado, a qual se agrava quando se reconhece que o conteúdo destes direitos, liberdades e garantias fundamentais não são, a princípio, determinados, mas sim indeterminados, de sorte que, ao menos em certa medida, tal indeterminação resulta que a jurisdição constitucional exercerá um determinado poder discricionário.

A intervenção judicial nas políticas públicas ligadas à ordem econômica enfrenta problemas de diversas matizes, uma vez que o princípio da divisão dos poderes, em princípio, não atribui ao Judiciário a competência originária para resolver questões relativas à intervenção do Estado na ordem econômica, de sorte que esta exsurge apenas da regra geral de competência judicial para resolução de conflitos, a qual, entretanto, deve ser vista com cautela, uma vez que se aplica apenas em casos extraordinários, e não necessariamente à elaboração ordinária de políticas públicas.

Outrossim, o princípio democrático impõe que decisões sobre questões de interesse da comunidade sejam decididas, em tese, prioritariamente pelos detentores de representação popular, o que, como é sabido, não é o caso previsto na legislação brasileira, haja vista que os juízes pátrios não são eleitos e, sobretudo, possuem vitaliciedade no cargo, sendo estes, então, em tese, carecedores de representatividade. Assim, por exemplo, o controle abstrato de constitucionalidade de normas, do ponto de vista da teoria do discurso, seria uma tarefa pertencente inquestionavelmente ao legislador, e a transparência deste poder para os tribunais demandaria, no mínimo, uma justificação complexa.

Nada obstante, o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático não são, de todo, uma barreira absoluta à revisão judicial de decisões

concernentes à intervenção do Estado quanto ao domínio econômico, mas exigem, sem sombra de dúvida, o respeito e a precedência de decisões tomadas pelos órgãos políticos.

Desta feita, é necessário buscar-se critérios que tracem a fronteira de atuação do Judiciário nesta seara, mas não sua proibição, uma vez que, em razão da complexidade da própria ciência do Direito, a indeterminação de seus conceitos, segundo a moderna técnica legislativa é não apenas uma “moda”, mas, principalmente, uma necessidade em razão das rápidas e rotineiras alterações no mundo da vida (*Lebensvelt*).

Neste sentido, necessário se faz observar que a ideia de responsabilização do Estado diante de sua atuação na ordem econômica, é, sobretudo, um meio de respeito ao princípio basilar da República Federativa do Brasil, consoante determina a Carta Constitucional de 1.988, referente à dignidade da pessoa humana, vez que, em havendo atuação Estatal no domínio econômico, não importando a maneira que esta ocorra, bem como havendo alteração, prevista ou imprevista, aos particulares, neste caso, em especial, às empresas (uma vez que atores principais deste cenário), sua responsabilização é medida que se impõe, não apenas para resguardar e proteger os entes privados, mas, sobretudo, para resguardar o próprio ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, a atuação judicial por meio da responsabilização do Estado na ordem econômica, onde este ocasione prejuízos aos particulares, em que pese deva ser baseada em parâmetros compatíveis com o princípio democrático, o princípio da divisão dos poderes e os demais princípios existentes na Constituição e no ordenamento jurídico pátrio, é medida que se impõe, uma vez que a Carta Constitucional, na visão neoconstitucionalista, é a norma jurídica central no sistema e vincula a todos dentro do Estado, sobretudo os Poderes Públicos, de sorte que de todas as normas constitucionais, enquanto direitos fundamentais que integram um núcleo normativo que, por inúmeras razões já expostas, deve ser prestigiado, especialmente pelo fato de que os princípios aqui discutidos incluem-se no rol disposto no § 4º, do art. 60 da Carta Constitucional, ou seja, as cláusulas pétreas.

Em assim sendo, a intervenção do Estado no domínio econômico deve existir. Todavia, tal plano sempre deve levar em conta princípios e garantias fundamentais, de sorte a respeitar padrões mínimos aos agentes econômicos, especialmente quando se trata de regulamentação por meio do controle de preços,

os quais, como já largamente exposto, devem atender a padrões mínimos, posto que impor ao empresário a venda com prejuízo configuraria confisco de seus bens, além de privação de sua propriedade sem o devido processo legal, haja vista que a essência do sistema capitalista é a obtenção do lucro, motivo pelo qual o preço de um bem não deve apenas cobrir seu custo de produção, mas, igualmente, conferir ao agente econômico as necessidades de reinvestimento e a margem de lucro.

Portanto, em havendo ingerência do Estado na esfera patrimonial dos agentes privados, por meio da regulamentação de preços, e estando tal controle à margem de parâmetros legalmente concebidos, tais como os acima estabelecidos e, especialmente, aqueles previstos na própria Lei, principalmente a Carta Constitucional de 1988, sua condenação é medida que se impõe, sob pena, como visto, de consubstancialização de confisco, algo inadmissível em se tratando de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABRAGNARO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo, Mestre Jou, 1962.

ANDERSON, Perry. **Balanço do neoliberalismo. pós-neoliberalismo**: as políticas sociais e o estado democrático. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

ANNONI, Danielle. **Responsabilidade do estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARIÑO, Gaspar. **Economia y estado**: crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **A crise econômica e o direito constitucional**. Revista Forense 323/83 (1993).

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1998.

BATISTA JR., Paulo Nogueira. **A economia como ela é...** 3.ed. São Paulo: Bomtempo Editorial, 2002.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BIM, Eduardo Fortunato. A inconstitucionalidade das razões de Estado e o poder de tributar: violação ao estado democrático de direito. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 19., **Anais...**

BOBBIO, Norberto (org.). **Dicionário de política**. 5.ed. Brasília: UNB, 2000.

_____. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. 2.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 1993.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5.ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

CAVALLO, Bruno; DI PLINIO, Giampiero. **Manuale di diritto pubblico dell'economia**. Milão, 1983.

CITADINO, Gisele. Intervenção do estado x sistema de mercado: confrontando Hayek e Olson. direito, estado e sociedade. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro**, n. 1, 1991.

COMPARATO, Fábio Konder. **Monopólio público e domínio público**. In: _____. Direito público: estudos e pareceres, 1996.

COSTA, Marcos da; MENEZES Paulo Lucena de; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coord.). **Direito concorrencial: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Ivo. **Da defesa do estado e das instituições democráticas**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1989.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**, v.2, 1998.

ELALI, André. **Tributação e regulação econômica: um exame da tributação como instrumento de regulação econômica na busca da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: MP, 2007.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do direito constitucional**. Londrina: IDCC, 2006.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços: tabelamentos oficiais (parecer). **Revista de Direito Público**, n. 91, 1989.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O devido processo legal e a responsabilidade do Estado por dano decorrente do planejamento. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 13, abr.-maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 jun. 2007.

FLORENZANO, Vincenzo D.. Teoria pura do direito versus análise econômica do direito: uma breve análise de supostas incompatibilidades. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v. 8, n. 15, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Admissibilidade** dos atos que limitam a concorrência. **Revista de Direito Econômico**, n. 26, set/dez 1997.

_____. **Direito Econômico**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. **Responsabilidade do estado por atos legislativos**. Franca: UNESP, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HAYEK, Friedrich. **Os fundamentos da liberdade**. Brasília: UNB, 1983.

HELLER, Heinz Robert. **O sistema econômico**: uma introdução à teoria econômica. São Paulo: Atlas, 1977.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito administrativo e judiciário**. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito: 1998.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JORGE E SILVA NETO, Manoel. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTR, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Coleção Os Pensadores. Cap. XVIII).

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 19.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Liberdade de iniciativa. Intromissão estatal indevida no domínio econômico. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n.1, 1999.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MIRAGEM, Bruno. **Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira.** In TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Direito e economia.** São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

MISES, Ludwig von. **Uma crítica ao intervencionismo.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1987.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; PRADO, Ney. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, n. 96/121, 1987.

MOREIRA, Vital. **Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica.** 2.ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979.

NÊME, Jacques et Colette. **Politiques économiques comparées.** 2.ed. Paris: PUF, 1989.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo.** São Paulo, 1996.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico.** 3.ed. São Paulo: RT, 2001.

OLIVEIRA, Ruth Helena Pimentel de. **Entidades prestadoras de serviços públicos e responsabilidade extracontratual.** São Paulo: Atlas, 2003.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal.** São Paulo: RT, 2005.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 1990.

PIOVESAN, Flávia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** v. 45, p. 216/236. São Paulo: RT, out-dez/2003.

PORTO, Mário Moacyr. **Responsabilidade civil do estado: atos legislativos e atos judiciais.** Revista CEJRN. Natal/RN: CEJRN, 1995.

RAMOS, Elival da Silva. O estado na ordem econômica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** v. 43, p. 49/56. São Paulo: RT, abril-jun/2003.

ROQUE, Ana. **Regulação do mercado: novas tendências.** Lisboa: Quid Júris, 2004.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. **Direito constitucional econômico.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SILVA, José Afonso. **Manual da constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Constituição econômica. **Caderno de Direito Tributário**, n. 4, 1999.

_____. **Desestatização**: privatização, concessões e terceirizações. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2000.

SOUZA, Nilson Araújo. **Economia brasileira contemporânea**: de Getúlio a Lula. São Paulo: Atlas, 2007.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 5.ed. São Paulo: LTR, 2003.

STOCO, Rui. **Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial**. 3.ed. São Paulo: RT, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Serviços públicos e regulação estatal**: direito administrativo econômico. São Paulo: Malheiros, SBDP, 2000.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: Método, 2003.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. São Paulo: Saraiva, 1998.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito econômico**. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

ZANOTI, Luiz Antonio Ramalho. **Empresa na ordem econômica**: princípios e função social. Curitiba: Juruá, 2009.