

O DIREITO E A SÍNTESE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO

LAW AND SYNTHESIS BETWEEN THE PUBLIC AND THE PRIVATE

PAULO PERETTI TORELLY*

RESUMO

O artigo aborda a síntese entre o direito público e o direito privado, presente no direito econômico enquanto disciplina jurídica autônoma, para identificar nessa noção uma das importantes contribuições do homenageado para o estudo do direito e de sua interface com a realidade econômica sem comprometer a dimensão normativa do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Econômico. Direito de Síntese. Direito Público e Privado. Soberania. Constitucionalismo.

ABSTRACT

The article discusses the synthesis between public law and private law in this economic law as autonomous legal discipline, to identify in this notion, one of the important contributions of the honoree for the study of law and its interface with economic reality, without compromising the normative dimension of law.

KEYWORDS: Economic Law. Law of Synthesis. Public Law and Private Law. Sovereignty. Constitutionalism.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito público e direito privado; 3. A autonomia do direito econômico; 4. Economia e ordem econômica; 5. O direito econômico enquanto direito de síntese; 6. Constitucionalismo e soberania; 7. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A extensa obra de Washington Peluso Albino de Souza encontrou no autor deste texto um ainda maior e especial

* Doutor pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito do Estado (PUC/RS). Especialista em Direito Processual Civil (PUC/RS). Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da UFRGS. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Advogado, Procurador do Estado do RS; Secretário-Geral Adjunto da OAB/RS (1998); Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (1999-2002); Procurador-Geral do Município de Canoas (2013).
E-mail: paulotorelly@yahoo.com.br

admirador desde os primeiros dias de 1999, quando, estando no exercício da função de Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, o povo gaúcho, pela iniciativa e amizade do homenageado e do amigo comum Ricardo Camargo, recebeu pronta solidariedade do mestre da Casa de Afonso Pena diante da imperativa necessidade de questionamento dos termos do contrato celebrado entre o Estado do Rio Grande do Sul e a União Federal em face da dívida pública (Contrato 014/98/STN).

Mestre Washington, como carinhosamente Ricardo Camargo nos ensinou a tratar o homenageado, foi generoso e hábil ao enfrentar um debate que ainda hoje merece especial atenção de todos que seguem compromissados com a democracia e o sentido do dever ser jurídico. A soberania popular diante da financeirização da economia – e com ela de todas as relações sociais – foi argutamente defendida pela sabedoria do homenageado ao elaborar parecer gracioso e ofertar o mesmo ao Estado do Rio Grande do Sul para subsidiar a defesa do pacto federativo perante o STF com a propositura da Ação Civil Originária Declaratória e Revisional de Contrato n. 552 (Ação Principal), que sustentou a liminar obtida, em 14 de janeiro de 1999, na Ação Cível Originária de Caução n. 545. O resultado de tais contendas viabilizou o então possível reequilíbrio federativo no fluxo de recursos entre a União e o Estado do Rio Grande do Sul, mas a dívida de gratidão pelo gesto de solidariedade sempre será anunciada pelo autor, que, no presente texto, ao refletir sobre um dos tantos aspectos da contribuição do homenageado para o direito brasileiro, expressa parcialmente o seu sentimento de reconhecimento.

É inexorável a demanda por mais liberdade e por uma sempre crescente participação democrática do conjunto da sociedade nas decisões de interesse geral da coletividade. O que também torna imperativo o reconhecimento do inevitável condicionamento do direito pela realidade social e evita respostas simplistas que suscitam “crises” ou mesmo um suposto declínio

do universo jurídico diante da experiência histórica e de todas as necessidades humanas presentes na definição dos valores da sociedade. É nesse contexto que se insere uma das maiores contribuições de Washington Albino, ou seja, o entendimento de que o direito econômico expressa a própria evolução do direito enquanto um todo. Desde os primórdios do direito romano e da inegável influência do direito civil na teoria geral do direito até a autonomia e a regulação própria de tantas atividades sociais (direito trabalhista, comercial, ambiental, previdenciário, etc.) – o que hoje contempla os direitos econômicos e sociais entre os direitos humanos e segue demandando novas especializações –, o direito integra um mesmo conjunto e expressa um valor cultural de dimensão ética.

O direito econômico, na reflexão do homenageado e emérito pioneiro do direito econômico no Brasil,¹ coloca em questão a tradicional distinção entre direito público e direito privado.² Enquanto direito de síntese entre o direito público e o direito privado, o direito econômico possui assento especial no texto constitucional, de tal modo que encontra no poder público – e em particular no legislador democrático – o pressuposto delimitador de um espaço público imprescindível para o desenvolvimento sustentável com distribuição de renda e riqueza. O que também assegura a própria autonomia privada e pressupõe a definição do bem-estar coletivo enquanto decisão soberana dos povos.³

1 PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 7-8, p. 7.

2 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 108.

3 RABKIN, Jeremy A. *Law without nations?: why constitutional government requires sovereign states*. New Jersey: Princeton University, 2005, p. 270: “Setting boundaries to power is what a constitution does. It can not do that job without boundaries between nations.” (Tradução nossa: “Colocar limites no poder é o que a constituição faz. Ela

A razão de ser da síntese entre o direito público e o direito privado, assentada, por força da realidade dos fatos, na disciplina jurídica do campo específico e delimitado da política econômica, ou seja, no direito econômico,⁴ ainda merece atenção da doutrina diante de possíveis divergências de entendimento. O presente texto despretensiosamente procura refletir acerca do sentido da autonomia do direito econômico, reconhecida pelo texto do inciso I do art. 24 da Constituição do Brasil.⁵ É na relação entre o objeto do direito econômico e o seu estudo criterioso e científico que se fez possível identificar a autonomia da disciplina, pois, enquanto na economia estão presentes as relações materiais de fato existentes na realidade social, no direito econômico estão assentadas as premissas metodológicas para uma eficaz afirmação do mundo do dever ser jurídico expresso pela vontade soberana dos povos.

2. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

A análise do direito exige rigor metodológico, de tal modo que, especialmente diante da dimensão normativa do dever ser e da pretensão de afirmação da autonomia científica da disciplina jurídica, é necessário ter presente o sentido cultural da ordem jurídica positivada.

É assim que os esforços democráticos e pelo desenvolvimento humano, especialmente em uma economia globalizada e interdependente, explicitam os temas econômicos e sociais e evidenciam a tarefa comum de toda a humanidade de conceber as

não pode cumprir tal tarefa sem limites entre as nações.”).

4 SOUZA, 2005, p. 52.

5 “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I – direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; [...]” (BRASIL. [Constituição, 1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.)

condições para a paz e viabilizar o futuro dos povos e nações do mundo. Nas palavras de Guastini, o “fundamento para o caráter obrigatório da Constituição é, portanto, a tentativa de descobrir uma resposta para o problema da obrigação política”,⁶ dado que “há tantas normas fundamentais quantos são os argumentos que possam ser aventados para justificar a ‘força vinculante’ da Constituição.”⁷

Com propriedade, portanto, Washington Albino sustenta que o direito econômico, “longe de ser ramo do Direito Público ou do Direito Privado, é um Direito de Síntese, com implicações tanto no setor público quanto no setor privado”.⁸ Nesse sentido é também significativo que, no conjunto da obra de Hans Kelsen, o livro *Teoria geral do direito e do estado*, escrito em inglês com o declarado propósito do autor de aproximar os leitores de tradição jurídica consuetudinária do normativismo jurídico e contemplar a experiência inglesa e norte-americana,⁹ pode ser considerado como uma consolidação das reflexões jurídicas e políticas do jurista e pensador austríaco. Ocorre que neste texto Kelsen analisa as teorias das formas de governo e sustenta o mérito da classificação de Aristóteles ao distinguir os governos adotando o critério da maior ou menos participação da cidadania, pois a classificação dos governos é a própria classificação material das constituições. Mas, para Kelsen, dentre as três formas de governo (monarquia, aristocracia e democracia) e suas corruptelas (tirania, oligarquia e demagogia), presentes na classificação do estagirita, toma relevo – na modernidade e em especial na realidade contemporânea desde o final da Segunda Guerra Mundial – a

6 GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 365.

7 GUASTINI, 2005, p. 364.

8 SOUZA, 2005, p. 108.

9 KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XXVII.

dualidade entre governos mais democráticos ou mais autocráticos enquanto tipos ideais.¹⁰

A afirmação da liberdade econômica, desde a Idade Média até o advento da Revolução Industrial¹¹ – quando se verifica uma progressiva absorção das grandes invenções na produção¹² e o acúmulo de capital privado acaba por relativizar a dimensão do Estado diante do vulto da riqueza privada – constituiu condições para um significativo incremento da mundialização das relações econômicas.¹³ Mas, muito além da relevância do poder

10 KELSEN, 1998, p. 407.

11 HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 50: “foram retirados os grilhões do poder produtivo das sociedades humanas, que daí em diante se tornaram capazes da multiplicação rápida, constante, e até o presente ilimitada, de homens, mercadorias e serviços.” Noutra passagem, o mesmo autor identifica a revolução industrial como sendo “provavelmente o mais importante acontecimento na história do mundo, pelo menos desde a invenção da agricultura e das cidades” (Ibid., p. 52).

12 Além da máquina a vapor, concebida por James Watt em 1784, é possível identificar inovações práticas e técnicas dela decorrentes que vão desde a primitiva utilização nas minas de carvão e no tear até a construção das ferrovias e da indústria pesada de ferro e aço. O registro do estadista Winston Churchill destaca os efeitos sociais de tal inovação tecnológica: “Gradualmente as máquinas a vapor foram atreladas para servirem todo o campo da indústria contemporânea. Os engenheiros aperfeiçoaram máquinas operatrizes de precisão, o que multiplicou a produção. A fiação do algodão foi mecanizada e o sistema de industrialização foi crescendo paulatinamente. O artífice independente que até então trabalhava por conta própria foi deslocado de pouco em pouco. O parque industrial, o aumento da população, extensas alterações na colocação da mão de obra, tudo isso representava formidável problema social. Em decorrência da educação recebida e do meio de onde provinham, os componentes do Governo não entendiam as causas dos males que lhes competia remediar. Concentraram-se, pois, na tarefa que entendiam: a defesa da propriedade.” (CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa: as grandes democracias*. Tradução Leonid Kipman. São Paulo: IBRASA, 2008, v. 4, p. 22).

13 HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Trad. Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 15: “A atual economia altamente internacionalizada tem precedentes: é uma das diversas conjunturas ou estados da economia internacional que existiram desde que uma economia baseada na tecnologia industrial moderna começou a ser generalizada a partir dos anos 1860. Em certos aspectos, a economia internacional atualmente é *menos* aberta e integrada do que o regime que prevaleceu de 1870 a 1914.” (grifo do autor)

econômico público,¹⁴ uma breve retrospectiva dos percalços e das contradições da história dos povos e de suas respectivas economias desautoriza a pretensão de sacralizar as virtudes públicas ou privadas. É sintomático, apenas para exemplificar, que, até meados do século XX, ainda eram sentidos os lamentos pela falta de planejamento quando da abolição da escravatura no Brasil,¹⁵ o que evidencia os limites estruturais da economia de mercado,¹⁶ bem como, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva,

-
- 14 SOUZA, 2005, p. 243-249. Para o autor, “o Poder Econômico Público incumbese do controle e da orientação do Poder Econômico Privado, enquadrando-o nos parâmetros da ‘Política Econômica’ traçada de acordo com os princípios da ‘ideologia’ constitucionalmente estabelecida” (Ibid., p. 244).
- 15 MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1, p. 86: “E nada mais! Nenhuma providência para atenuar a repercussão funesta da reforma sobre a lavoura desamparada. A Câmara timbrou apenas em apressar a eficiência da medida radical; no dia 9 acrescentou ao artigo 1º: ‘desde a data desta lei’. Assim redigiram, a 10, o artigo referido, a fim de enviarem ao Senado a proposta imperial: ‘É declarada extinta, desde a data desta lei, a escravidão no Brasil’. O ramo conservador do Poder Legislativo não acrescentou uma palavra. A 13 de maio a Princesa assinava, radiante, a Lei n. 3.353. Deliraram de júbilo os habitantes da cidade. Quem não conhecesse a psicologia das multidões, julgaria consolidado o trono da dinastia de Bragança.” SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 21: “Acontece que a rejeição da liberdade de participar do mercado de trabalho é uma das maneiras de manter a sujeição e o cativo da mão de obra, e a batalha contra a privação de liberdade existente no trabalho adscritício é importante em muitos países do Terceiro Mundo hoje em dia por algumas das mesmas razões pelas quais a Guerra Civil Americana foi significativa. A liberdade de entrar em mercados pode ser, ela própria, uma contribuição importante para o desenvolvimento, independentemente do que o mecanismo de mercado possa fazer ou não para promover o crescimento econômico ou a industrialização. De fato, o elogio ao capitalismo feito por Karl Marx (que não foi nenhum grande admirador do capitalismo em geral) e sua caracterização (em *O capital*) da Guerra Civil Americana como ‘o grande evento da história contemporânea’ relaciona-se diretamente à importância da liberdade do contrato de trabalho em oposição à escravidão e à execução forçada do mercado de trabalho.”
- 16 O economista Celso Furtado (1920-2004) reconhece, em documentário cinematográfico acerca de sua trajetória e reflexão, homônimo de um de seus últimos livros (*O longo amanhecer: reflexões sobre a formação do Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999), que *Formação Econômica do Brasil* (6. ed. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964) é uma obra deliberadamente inconclusiva, porque, nas suas palavras, não queria prejudicar “o avanço das ideias”, de tal modo que assevera: “A lógica do processo histórico do Brasil é levar à concentração de renda, levar ao subdesenvolvimento. A parte final

atesta a fragilidade da própria liberdade de contratar, dado que

O poder econômico, no plano sociológico, altera sensivelmente, ou até mesmo anula, a faculdade de uma das partes estabelecer cláusulas ao negócio jurídico, influenciando não apenas nos contratos celebrados entre empresas e indivíduos, mas também entre sociedades, pelos efeitos da sua concentração. A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade.¹⁷

É, via de consequência, inegável a atualidade da lição de Emílio Betti, lançada ainda em 1956, versando sobre os preconceitos que o jurista deve evitar ao observar a realidade da convivência internacional, ou seja:

- a) “o preconceito da onipotência do estado”;¹⁸
- b) “o preconceito da exclusividade estatal”;¹⁹ e
- c) “o preconceito da universalidade do ordenamento do direito privado”.²⁰

No âmbito do direito interno Cirne Lima, com sua erudita e profunda reflexão, adverte que na verdade “os direitos

do meu livro poderia ser uma análise de como sair do subdesenvolvimento. Mas a reflexão histórica mostra que tudo leva à concentração do poder. Leva a quem manda no Brasil, a quem manda na distribuição de renda. Eu não estava disposto a comprar aquela briga. [...] Antigamente, dava o maior barulho dizer que o problema do Brasil era estrutural. Acusavam a gente de marxista. Mas hoje está na cara. A estrutura que o Brasil tem exige a concentração de renda.” (FURTADO, Celso. Depoimento em documentário. *Jornal Valor Econômico*, v. 7, n. 294, p. 10-11, 12-14 maio 2006. Caderno EU&.).

17 SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 30.

18 BETTI, Emilio. *Problematica del diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1956, p. 7. Texto original: “*il preconcetto della onnipotenza dello stato*”.

19 BETTI, 1956, p. 7. Texto original: “*il preconcetto della esclusività statale*”.

20 BETTI, 1956, p. 7. Texto original: “*il preconcetto della universalità dell’ordinamento del diritto privato*”.

fundamentais, assegurados na Constituição, ao revés de limite, são, quanto aos serviços públicos, o fundamento e a razão de ser destes.”²¹ No mesmo texto Cirne Lima também lembra

A definição do que seja, ou não, serviço público, pode entre nós, em caráter determinante, formular-se somente na Constituição Federal e, quando não explícita, há de ter-se como suposta no texto daquela. A lei ordinária que definir o que seja, ou não, serviço público, terá de ser contrastada com a definição, expressa ou suposta pela Constituição.²²

É assim que, diante de tal conceito dogmático de serviço público, devem ser compatibilizadas as noções de *constituição-garantia* e de *constituição-dirigente*, e com elas o próprio conceito material de *serviço público*, dado que revela adequada atenção com *interesse social* sem ignorar o sentido próprio de um “regime de direito público”.²³ Ocorre que os princípios constitucionais que regem a ordem econômica assumem a identidade capitalista da economia com fundamento na *livre iniciativa* e na garantia da *propriedade privada* e da *livre concorrência* (CB, art. 170, II e IV), mas, ao mesmo tempo, preconizam a *valorização do trabalho* e a *existência digna, conforme os ditames da justiça social*, com base nos princípios da *função social da propriedade*, da *defesa do consumidor*, da *redução das desigualdades regionais e sociais*, da *busca do pleno emprego* e do *tratamento favorecido para as*

21 LIMA, Rui Cirne. A organização administrativa e o serviço público no direito administrativo brasileiro. In: ESTUDOS jurídicos em honra de Soriano Neto. Recife: Faculdade de Direito da Universidade do Recife, 1959, v. 2, p. 9-19, p. 14.

22 LIMA, 1959, p. 17.

23 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta*: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 20: “Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.”

empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (CB, art. 170, III, V, VII, VIII, IX), para valorizar as políticas públicas em sintonia com a constituição econômica.²⁴ E o que dizer, diante do embate entre o garantismo e o dirigismo econômico, da *defesa do meio ambiente* (CB, art. 170, VI), cujos efeitos positivos contemplam todas as manifestações de vida no planeta e independem de convicções filosóficas ou políticas.

É significativa, portanto, a reflexão de Washington Albino ao destacar que a divisão entre direito público e direito privado está desatualizada em face da realidade jurídica da sociedade atual, o que não representa a invalidade dos critérios hermenêuticos decorrentes da especialidade das disciplinas jurídicas, mas a constatação dos limites e até mesmo da superação de tal cisão em diversos aspectos. E é no direito econômico que se constata que “a política econômica, mesmo traçada pelo Estado, envolve tanto a ação pública e os interesses coletivos quanto a ação e os interesses privados”,²⁵ pois “o exercício do Poder Econômico Privado pode levar a tais expedientes e resultar em prejuízo ou em benefício da coletividade e, por isso, seu tratamento não pode mais ficar alheio à ação do Poder Público.”²⁶

3. A AUTONOMIA DO DIREITO ECONÔMICO

O rigor metodológico diante da dimensão normativa do dever ser jurídico assentado pelo legislador democrático – imprescindível para uma adequada análise do direito e em especial para assegurar a autonomia científica da disciplina jurídica – confere segurança para as relações econômicas e

24 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 372.

25 SOUZA, 2005, p. 108.

26 SOUZA, 2005, p. 108.

sociais e assegura a liberdade humana. Mas para tal propósito é necessário ter presente as fontes materiais do direito e com elas o sentido cultural da ordem jurídica positivada. É assim que o direito econômico, exatamente por ter “implicações tanto no setor público quanto no setor privado”,²⁷ exige especial atenção do hermenêuta diante dos preceitos constitucionais que conformam a dogmática jurídica.

O direito econômico, tal qual a constituição econômica, é, nesse sentido, expressão do sistema econômico, o que, conforme lembra Fábio Nusdeo, “nada mais vem a ser do que uma particular organização institucional da sociedade, mediante a qual ou através da qual ela, sociedade, irá equacionar o seu problema econômico”,²⁸ ou seja, “irá equacionar a administração dos seus recursos escassos, adaptando-os às suas diversas finalidades”.²⁹

Tendo presente que a origem do constitucionalismo é identificada com a limitação do poder e a garantia da liberdade de escolha do cidadão, no campo político, e de iniciativa, no campo econômico,³⁰ a constituição econômica contempla as normas jurídicas inseridas no contexto constitucional nacional e que disciplinam a ordem econômica. O Estado associa a ordem jurídica à ordem econômica e forja o que se conhece como constituição econômica, na qual se identifica uma verdadeira *Ordem Econômica e Social* (CB, Títulos VII e VIII) para, ainda na lição de Fábio Nusdeo, conceber um sistema econômico.³¹

E para tal a constituição econômica parte do pressuposto de que “as Constituições, nasceram visceralmente imbricadas na

27 SOUZA, 2005, p. 108.

28 NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 26, n. 65, p. 12-20. jan./mar. 1987, p. 15.

29 NUSDEO, 1987, p. 15.

30 NUSDEO, 1987, p. 15.

31 NUSDEO, 1987, p. 15.

ideia-força de liberdade”,³² o que é bem apreendido pela reflexão de Elival Ramos ao observar que

O Estado que emergiu das Revoluções Liberais do Século XVIII foi um Estado investido da missão de assegurar aos cidadãos o pleno desfrute da liberdade, encarada como um direito natural inalienável e, como tal, anterior ao próprio Estado, que lhe deve contínua veneração. O principal obstáculo à ampla fruição da liberdade individual se radicaria exatamente no poder político, que teria uma tendência imanente à degeneração e ao abuso. Daí porque buscou o Liberalismo uma gama variada de instrumentos predispostos à contenção do arbítrio estatal, destacando-se, pela sua importância, as Constituições rígidas, que hoje compõem os alicerces de quase todos os Estados contemporâneos.³³

Fábio Nusdeo também observa que as constituições “foram chamadas de ‘Constituições-Garantia’, ou seja, elas visavam a garantir ao homem liberdade em todas as esferas, em todos os desdobramentos do seu ser, da sua personalidade e da sua atividade”,³⁴ pois, ao assegurarem os direitos e as garantias individuais, preservam os três fundamentos do sistema, dado que os dois primeiros, ou seja, a propriedade privada e a liberdade de iniciativa, ressoam juridicamente no princípio da liberdade contratual e reivindicam a presença da responsabilidade patrimonial, “entendida como o corolário da máxima ‘pacta sunt servanda’, ou seja, o patrimônio de cada homem responderia por todas as suas obrigações”,³⁵ sendo fácil constatar que

32 NUSDEO, 1987, p. 16.

33 RAMOS, Elival da Silva. O econômico nas constituições liberais. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 21-24, set. 1988, p. 21.

34 NUSDEO, 1987, p. 16.

35 NUSDEO, 1987, p. 16. Acerca dos fundamentos jurídicos da economia capitalista no século XIX também Elival Ramos registra que “as Constituições Liberais, ao garantirem a livre iniciativa econômica (liberdade de comércio e de indústria), de forma isolada ou em sociedade (liberdade de associação), a liberdade contratual (decorrência do princípio geral da legalidade e da liberdade de profissão) e o direito de propriedade, deram relevo jurídico-constitucional aos alicerces do sistema capitalista clássico,

Asseguradas essas garantias, pela implantação legal dos três princípios, surgiu, poder-se-ia dizer, naturalmente, a ordem econômica liberal. Limitava-se o Estado pela divisão dos poderes, segundo o modelo tripartido clássico de Montesquieu e se instaurou uma ordem econômica. Apenas essa ordem econômica não era explicitada nas Constituições liberais, por estar subsumida nas garantias dadas à propriedade, à liberdade contratual e à responsabilidade patrimonial.³⁶

Acerca deste tema e de forma genérica,³⁷ Celso Bastos refere que

Nesses dois séculos variou a intensidade com que o Estado intervém na economia. Daí poder-se classificar em três categorias a ordem crescente de intervenção. Em primeiro lugar a Constituição liberal

centrado na iniciativa econômica privada (descentralizada), na livre-arregimentação em torno da empresa dos fatores de produção, na liberdade de comércio dos bens produzidos e na apropriação dos resultados do empreendimento (lucro)” (RAMOS, 1988, p. 23).

36 NUSDEO, 1987, p. 16.

37 É importante observar que o dirigismo totalitário da economia se fez presente em regimes como o nazismo e o fascismo, sendo que o esforço de guerra dos Países Aliados no curso da II Guerra Mundial também exigiu a organização e a direção centralizada da produção, mas mesmo o sistema de administração central da economia mercantilista praticado por Jean-Baptiste Colbert, quando procurou fazer da França o poder comercial e militar dominante da Europa no século XVII, é reconhecido enquanto tal nas palavras do próprio estadista e ministro das finanças de Luís XIV registradas por Eli Heckscher: “Es necesario vencer la resistencia que los comerciantes oponem a su proprio provecho”; ‘los comerciantes no piensan más que en su propia actuación y en la facilidad de dar salida a sus mercancias’; ‘es necesario también [dice, dirigiéndose al intendente de Burdeos] que os consagréis a estudiar los pequeños intereses de los comerciantes, para quienes sólo existe su comercio privado, para ver qué es lo que es bueno y ventajoso para el comercio general del reino’ (manifestaciones que datan todas de 1670), etc.” (HECKSCHER, Eli F. *La época mercantilista: historia de la organización y las ideas económicas desde el final de Edad Media hasta la sociedad liberal*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943, p. 761). É realmente emblemático o dirigismo presente no elenco das *Ordenances* de Luís XIV e seu ministro Colbert, o que Paolo Cappellini destaca ao referir a edição de disposições sobre Processo Civil (1667), Penal (1670), Comercial (1673), da Navegação (1681) e, também após Luiz XV, sobre doações (1731), testamentos (1735) e fideicomissos (1747) ou mesmo nas “*Reformationen* alemãs do século XVI” (CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007, p. 18).

(liberdade privada), a Constituição econômica marxista (submissão pelo Estado de toda a ordem econômica) e a Constituição econômica intervencionista (realidade mista em que convivem a liberdade privada e a interferência do Estado).³⁸

No que se conclui que a constituição econômica, nos regimes que adotam uma Carta constitucional enquanto fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas,³⁹ consiste, ainda nas palavras de Celso Bastos, no “conjunto de normas voltadas para a ordenação da economia, inclusive declinando a quem cabe exercê-la”,⁴⁰ dado que

A Constituição, por ser o elemento fundamental para todos os atos do Estado (administrativos, legislativos e jurisdicionais), acaba sempre tomando uma posição em face da matéria econômica. Se ela não tiver normas explícitas sobre ela, prevalece o que poderíamos chamar de uma ordem econômica implícita, qual seja, a resultante da regulação de determinados direitos como o de propriedade e o da liberdade de trabalho. Eis que esses vão naturalmente dar lugar a uma ordem econômica baseada na livre iniciativa. Portanto, a ausência de posições assumidas pela Carta Magna ante o fenômeno econômico é própria dos regimes liberais.⁴¹

É revelador, contudo, que muitos pensadores preconizem uma nova economia internacional em bases renovadas e éticas, para o que, sempre com abertura para o mundo diante da interdependência da economia, ganha destaque a autoridade e

38 BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 89-96, abr./jun. 2002, p. 95.

39 Kelsen, Hans. *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Tradução Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957, p. 266: “La tentativa de desarrollar una teoría del derecho sobre la base de la interpretación económica de la sociedad hecha por Marx ha fracasado por completo; y la razón de este fracaso es en primer lugar la tendencia a sustituir una interpretación normativa del derecho, o sea un análisis estructural de un sistema específico de normas, con una indagación sociológica de las condiciones en que ese sistema normativo surge a la existencia y es efectivo, en lugar de agregar ésta a aquélla.”

40 BASTOS, 2002, p. 92.

41 BASTOS, 2002, p. 92.

a importância do Estado enquanto esfera pública reguladora da ordem econômica na garantia de tal dimensão deontológica. Com acerto, o Nobel de economia de 1998, Amartya Sen, observa que “a verdadeira questão é se existe ou não uma pluralidade de motivações ou se *unicamente* o autointeresse rege os seres humanos.”⁴² Assim, a postura intelectual ambivalente, identificada por Ricardo Camargo diante do princípio constitucional da soberania, pode e deve ser superada, pois, diante do direito internacional dos direitos humanos, não é raro constatar que “a soberania se ergue como dogma intransponível”,⁴³ enquanto que, “em se tratando da regulamentação da política econômica, o argumento da soberania é rechaçado como antiqua”.⁴⁴ A superação de tal ambivalência – tendo presente a realidade histórica e cultural – em favor dos valores constitucionais da vida e da liberdade também pressupõe a *soberania nacional* enquanto princípio constitucional da ordem econômica (CB, art. 170, I).

A inclusão social e a definição das escolhas dos agentes econômicos pressupõem um nível de informação equilibrado,⁴⁵ o que deve levar em conta o sentido normativo do texto constitucional e a essência do magistério de Washington Albino acerca da “ambiguidade”⁴⁶ do texto constitucional. Tal ambiguidade

42 SEN, Amartya. *La democrazia degli altri*: perchè la liberta non è un’invenzione dell’occidente. Tradução Aldo Piccato. Milano: Oscar Mondadori, 2005, p. 35.

43 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 65.

44 CAMARGO, 2000, p. 65.

45 SEN, 2005, p. 21.

46 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Constituição Econômica*: estudos. Belo Horizonte: Fund. Brasileira de Direito Econômico, 2000, v. 3, p. 284. Ao abordar o “princípio da ambiguidade”, o autor contrapõe a doutrina de Hayek e pondera que não é possível falar de “uma ‘ordem econômica capitalista ou liberal’ ou de uma ‘ordem econômica socialista’, inteiramente independentes e separadas na realidade” (SOUZA, 2002, p. 357); razão pela qual questiona a capacidade dos estudos econômicos de contribuir com a técnica legislativa para equacionar “as próprias questões do permanente ajustamento da lei à realidade” (SOUZA, 2002, p. 357) e observa que a diversidade de princípios que definem a ordem econômica expressa a natureza plural

expressa a tarefa e a responsabilidade democráticas de toda a coletividade no efetuar uma constante calibragem de preceitos normativos contraditórios e que decorrem da incorporação dos conflitos sociais na Carta Maior. A integralidade do texto constitucional deve ser considerada pelo hermenêuta em toda a sua extensão e profundidade diante do sentido maior da ordem jurídica de assegurar a coesão social. Assim, considerando que a continuidade da ordem constitucional é o desiderato de todos que têm compromisso com a democracia e a paz, não existe inconstitucionalidade posta pelo Poder Constituinte originário, o que confere razão ao homenageado quando assume tal “ambiguidade” do texto constitucional enquanto “instrumento essencial de entendimento dos modelos ideológicos mistos”⁴⁷ e preconiza uma solução normativa orientada pelo *princípio da economicidade* (CB, art. 70), de tal modo que

A adequação desta “maior vantagem” aos objetivos definidos constitucionalmente permite a opção mais justa ou recomendável, em política econômica, diante da circunstancialidade apresentada ao “poder de decidir”, ante a fluidez do arbítrio e as influências subjetivas do aplicador da norma.⁴⁸

É assim que, diante do texto da Constituição do Brasil de 1988, cumpre diferenciar e ter bem presente a distinção substantiva

da Constituição, o que “levaria o intérprete menos avisado a identificar ‘conflitos ideológicos’ e a encontrar inconstitucionalidades, impedindo a sua convivência na Constituição, se tomados em termos de modelos ideológicos puros (Liberalismo, Capitalismo Liberal, Neoliberalismo, Socialismo)” (SOUZA, 2002, p. 275).

47 SOUZA, 2000, p. 285: “Parece-nos preconceito inaceitável situar-se em posição crítica negativista, aceitando como inevitáveis, contradições aparentes, porque baseadas em premissas mal-elaboradas, e assim chegando-se, pela lógica do absurdo, a admitir inconstitucionalidade na própria Constituição, não percebendo que o sentido de ‘ordem’, reinante no espírito desta lei, impede tais conclusões, pelas suas próprias razões intrínsecas.” Acerca dos limites da inconstitucionalidade de norma constitucional vide nosso: TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 79-146.

48 SOUZA, 2000, p. 285.

entre *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*, posto que, na reflexão de Eros Grau inspirada em Leon Duguit e Rui Cirne Lima, o serviço público é caracterizado por ser indispensável para a garantia da coesão e da interdependência social, pois “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*”,⁴⁹ de tal modo que, “ao exercer atividade econômica em sentido amplo em função de *imperativo da segurança nacional* ou para atender a *relevante interesse coletivo*, o Estado desenvolve *atividade econômica em sentido estrito*”,⁵⁰ enquanto que, “ao exercê-la para prestar acatamento ao *interesse social*, o Estado desenvolve *serviço público*.”⁵¹ Com maestria, portanto, Eros Grau identifica a distinção entre *interesse coletivo* e *interesse social*, “ainda que ambos se componham na categoria *interesse público*”,⁵² pelo que, nas palavras do próprio doutrinador, “a noção de serviço público, há de ser construída sobre as ideias de coesão e de interdependência social”,⁵³ dado que

Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).⁵⁴

E a ideia de atividade definida pela Constituição de forma explícita ou *suposta* como indispensável para a coesão e

49 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 130.

50 GRAU, 2006, p. 130.

51 GRAU, 2006, p. 130.

52 GRAU, 2006, p. 130.

53 GRAU, 2006, p. 135.

54 GRAU, 2006, p. 136.

a interdependência social – na qual toma deliberado destaque a expressão *suposta* – coloca em cheque o conceito formal de serviço público, ou seja, aquele que a Constituição identifica expressamente como tal.⁵⁵ Eros Grau contrapõe tal formalismo sustentando “ser um conceito aberto o de serviço público, conceito que cumpre preencher com os dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada na realidade social”.⁵⁶ E “os movimentos de redução e ampliação das parcelas da atividade econômica em sentido amplo que consubstanciam serviço público refletem a atuação das forças sociais em um determinado momento, evidentemente também conformadas pela Constituição”.⁵⁷ No entanto, tal identificação dos elementos que, dentro de um contexto histórico, possibilitem a definição do serviço público na própria realidade social, não afasta o sentido normativo da Carta Magna, dado que, na própria doutrina de Eros Grau, se observa que

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos ele se impõe: *intervenção* é atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; *exploração de atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).⁵⁸

55 GRAU, 2006, p. 119: “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de serviço público*. Ao afirmar-se tal – que *serviço público* é atividade desempenhada sob esse *regime* – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público.” O autor ainda adverte que tal concepção formal de serviço público reduz o conceito ao “regime de Direito Administrativo” enquanto “regime especial marcado pela submissão dos interesses privados aos interesses públicos” em que se vislumbra um “regime exorbitante do direito comum” (GRAU, 2006, p. 129).

56 GRAU, 2006, p. 110.

57 GRAU, 2006, p. 136.

58 GRAU, 2006, p. 111.

É importante observar que todas as decisões econômicas se materializam como ato, o que pode dar ensejo a um ato jurídico, tal como a realização de um contrato, ou como ato-fato jurídico, tal como o plantio, razão pela qual a materialização de tais decisões pressupõe a existência de um ordenamento jurídico e, via de consequência, o sentido aberto e material do conceito de serviço público acima referido não compromete os direitos subjetivos dos agentes econômicos (CB, art. 5º, XXXVI), mas preserva o *interesse social* identificado enquanto tal, ou seja, *u.g.*, saúde e educação constituem “direito de todos e dever do Estado” (CB, arts. 196 e 205). Nos termos do art. 173 do texto constitucional, há, portanto, uma reserva da atividade econômica em sentido estrito, própria da iniciativa privada, que não poderá constituir serviço público, e somente será explorada diretamente pelo Estado diante de *imperativo da segurança nacional* e de *relevante interesse coletivo*,⁵⁹ razão pela qual, nas palavras de Eros Grau, “incumbe ao estudioso da Constituição do Brasil buscar tais critérios e subsídios no seu todo (dela, Constituição), o que exige a prévia enunciação de um conceito de *serviço público*”.⁶⁰ É assim que Eros Grau invoca o precedente do Recurso Extraordinário 220.999-7-PE, julgado em 24 de maio de 2000, no qual, mesmo diante da reserva de competência prevista no art. 21 da Constituição do Brasil quanto ao transporte interestadual via fluvial,⁶¹ o Supremo Tribunal Federal entendeu não estar caracterizado serviço público, pelo que o professor titular de direito econômico da Universidade de São Paulo assevera que

59 GRAU, 2006, p. 133: “o *interesse social* exige a prestação de *serviço público*; o *relevante interesse coletivo* e o *imperativo da segurança nacional*, o empreendimento de *atividade econômica em sentido estrito* pelo Estado.”

60 GRAU, 2006, p. 128.

61 Constituição do Brasil: “Art. 21. Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: [...] d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território.” (BRASIL, 1988).

[...] a empresa estatal federal prestava fundamentalmente serviços de transporte fluvial de produtos agrícolas, não sendo possível sustentarmos – o exemplo, na versão que dele tomo, é assim, definitivamente – que a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima).⁶²

Logo, Eros Grau prossegue concluindo “não caber, no caso, a qualificação da atividade de que se cuida (transporte aquaviário) como serviço público”,⁶³ pois tal atividade “reclama mera *autorização* para que possa ser empreendida por empresa privada – compreende *atividade econômica em sentido estrito*”,⁶⁴ sendo que, “acaso houvesse, no caso, prestação de serviço público, então a sua prestação por uma empresa privada exigiria a obtenção de permissão ou concessão da União, nos termos do disposto no art. 175 da Constituição de 1988”.⁶⁵

A objetivação do direito pelo Estado absorve, portanto, as projeções ideológicas e programáticas preponderantes e mesmo contraditórias, mas preserva o sentido plural de ordem e democracia inerente ao poder de crítica em sua dimensão irrenunciável e originariamente libertária.⁶⁶ Trata-se da objetivação heterônoma das normas, que conforma e institucionaliza o poder ao limitar a força ‘nua’ e sua dimensão opressora incompatível com a ação autônoma dos indivíduos, segmentos e grupos, o que foi bem apanhado pela tradição kantiana⁶⁷ e pode ser sintetiza-

62 GRAU, 2006, p. 133.

63 GRAU, 2006, p. 133.

64 GRAU, 2006, p. 133.

65 GRAU, 2006, p. 133.

66 REALE, Miguel. O poder na democracia: direito e poder e sua correlação. In: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998, p. 245.

67 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, I, § 47, p. 157-158: “Todos esses três poderes no Estado são dignidades e visto

do na seguinte passagem da obra de Hasso Hofmann acerca do alcance e do sentido da representação e da representatividade na história da humanidade:

Quanto ao conceito de ‘sistema representativo’, Kant não o pensa só em senso institucional e exterior, nem se limita a referir com isso a instituição de um parlamento, que tutele os direitos pertencentes ao povo por tradição. Ele tem antes em mente o poder estatal na sua expressão mais alta: aquela legislação, isto é, que precisa se emancipar da vontade das pessoas individuais determinadas e se transformar, além da codeterminação dos subordinados, em instrumento de autodeterminação da ‘vontade coletiva’ de todos os cidadãos.⁶⁸

É assim que Washington Albino – ao refletir acerca das fontes do direito, e em particular do direito econômico – observa que “a Economia funciona como sua ‘fonte auxiliar’, pois os motivos finais da decisão serão político-econômicos, e não simplesmente econômicos, para que a decisão ou sua apreciação tenha fundamento ou consequência jurídica”.⁶⁹ E é na disciplina jurídica da política econômica enquanto campo específico e

que surgem necessariamente da ideia de um Estado em geral, como essenciais ao estabelecimento (constituição) dele, são dignidades políticas. Compreendem a relação de um *superior* sobre todos (que, do ponto de vista das leis da liberdade, não pode ser outro senão o próprio povo unido) com a multidão desse povo individualmente como *súditos*, isto é, a relação de um comandante (*imperans*) com aqueles que obedecem (*subditus*)." KELSEN, 1998, p. 411: “A maioria pressupõe, pela sua própria definição, a existência de uma minoria; e, desse modo, o direito da maioria implica o direito de existência da minoria.”

68 HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione*: parola e concetto dall’antichità all’Ottocento. Tradução Cláudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007, p. 499: Texto original em italiano: “Quanto al concetto del ‘sistema rappresentativo’, Kant non lo pensa solo in senso istituzionale ed esteriore, né si limita a indicare con esso l’istituzione di un parlamento, che tuteli i diritto appartenenti al popolo per tradizione. Egli piuttosto ha in mente il potere statale nella sua espressione più alta: quella legislazione, cioè, che occorre emancipare dalla volontà di singole persone determinate e trasformare, oltre la codeterminazione dei sottoposti, in strumento di autodeterminazione della ‘volontà collettiva’ di tutti i cittadini.”

69 SOUZA, 2005, p. 136.

delimitado que o direito econômico consagra a sua autonomia didática e científica.⁷⁰

4. ECONOMIA E ORDEM ECONÔMICA

Com propriedade, Eros Grau observa que o texto do art. 170 da Constituição do Brasil sugere tratar do mundo do ser, mas, na realidade, trata do mundo do dever ser enquanto “conjunto de normas que define, institucionalmente, um modo de produção econômica”.⁷¹

Tal interação entre Constituição e realidade constitucional, além de ser fecunda e dinâmica, orienta e define o conceito de constituição econômica, e, para Vital Moreira, “possibilita uma perfeita compreensão das relações profundas entre o sistema econômico e a ordem jurídica que o suporta; permite uma coerente unificação da ordem econômica constitucional com o conjunto da ordem jurídica da economia”.⁷² A interação entre a ordem constitucional econômica e a realidade econômica acaba, portanto, por contribuir para o esclarecimento dos fundamentos das mudanças constitucionais e possibilita a superação das fragilidades presentes no contraste entre a Constituição e a realidade constitucional. A Constituição é revelada, portanto, na sua plenitude enquanto “um lugar em que também se traduzem de certo modo as principais contradições e conflitos da sociedade”,⁷³ o que também demanda uma interpretação constitucional global e fecunda, que necessariamente deve ser aberta para as transformações do sistema econômico e da própria ordem jurídica, assegurando o dinamismo sem ignorar a hierarquia e a importância dos preceitos constitucionais.

70 SOUZA, 2005, p. 52.

71 GRAU, 2006, p. 72.

72 MOREIRA, Vital. *Economia e constituição: para o conceito de constituição econômica*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1979, p. 183-184.

73 MOREIRA, 1979, p. 183-184.

Para Max Weber, no texto de *Economia e Sociedade*, quando aborda a relação entre a ordem jurídica e a ordem econômica, “a ‘ordem jurídica’ ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal da vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais”,⁷⁴ mas, “apesar disso, a ordem econômica e a justiça estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico mas no sociológico: como vigência *empírica*”,⁷⁵ de tal modo que: “O sentido da palavra ‘ordem jurídica’ muda então completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis como logicamente ‘corretas’, mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais.”⁷⁶

Assim, Vital Moreira também observa que a corporificação da constituição econômica é “condição de apreensão do lugar sistemático da constituição política e, pela sua referência à estrutura econômica, é lugar privilegiado de leitura do conjunto do sistema social”,⁷⁷ dado que “somente o conceito de constituição econômica permite integrar a constituição política no sistema social de que irrecusavelmente faz parte, como estatuto da sua estrutura política”.⁷⁸ Sobre o que Eros Grau consigna

Daí referirmos uma *Constituição Econômica estatutária* – que estatui, definindo os estatutos da propriedade dos meios de produção, dos agentes econômicos, do trabalho, da coordenação da economia, das organizações do capital e do trabalho – e uma *Constituição Econômica diretiva* (ou *programática*) – que define

74 WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva*. Tradução Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999, v. 1, p. 209-210.

75 WEBER, 1999, v. 1, p. 209-210.

76 WEBER, 1999, v. 1, p. 209-210.

77 MOREIRA, 1979, p. 185.

78 MOREIRA, 1979, p. 184-185.

o quadro de diretrizes das políticas públicas, coerentes com determinados objetivos também por ela enunciados.⁷⁹

A Constituição, portanto, contempla e conforma a sociedade, pois, na lição de Vital Moreira, inclui uma constituição econômica “não apenas no sentido de esquema organizatório e plano diretivo da função econômica do estado, mas também no sentido de estatuto das relações de produção, definidor do sistema econômico, base da formação social”.⁸⁰

É possível identificar a tensão entre ideal e realidade,⁸¹ de tal modo que o Estado, diante de fatores contingentes, corre o sério risco de transformar-se em um fim em si mesmo e acabar patrocinando retrocessos nos direitos de homens e mulheres. Mas, ao mesmo tempo, é a expressão dos interesses de toda a coletividade, e com ela pode impedir que o poder econômico sobreponha o espaço público decisório da cidadania e comprometa a democracia e o bem-estar do conjunto da sociedade. Uma relação dialética entre o transcendente e o imanente legitima as normas positivas decorrentes da soberania popular enquanto “princípio polêmico da divisão política do poder, oposto ao princípio da soberania do dominador”,⁸² o que, exatamente em face de tais limitações, deve considerar a essência do realizado histórico,⁸³ pois a existência de um contrato originário representa

79 GRAU, 2006, p. 78.

80 MOREIRA, 1979, p. 174.

81 SALOMÃO FILHO, Calixto. Poder econômico: a marcha da aceitação. In: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 3-4.

82 HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Trad. Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 293.

83 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340: “A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado”. No mesmo sentido: “a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial” (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e

uma ideia prática reguladora do racional.⁸⁴ A constituição econômica é, portanto, nas palavras de Ferreira Filho, a “*constituição juridicamente definida da economia*”,⁸⁵ a qual tem como objeto “a base da organização jurídica da economia”,⁸⁶ eis que:

Seu propósito é estabelecer o controle da economia, porque esta enseja fenômenos de poder. Consiste, assim, nas regras jurídicas que regem a atuação do indivíduo, dos grupos, do Estado, no domínio econômico. Compreende, pois, *as normas jurídicas básicas que regulam a economia, disciplinando-a, e especialmente controlam o poder econômico, limitando-o, com o fito de prevenir-lhe os abusos.*⁸⁷

Logo, para o insigne constitucionalista, a constituição econômica se faz presente quando há *controle da economia*, pois “o poder na economia deve ser atribuído ao povo, entendido este não como uma entidade transcendente, mas como gente, de carne e osso,”⁸⁸ pois:

Está aí a mais simples das caracterizações da “democracia” econômica. No modelo perfeito, que apenas existe na lição dos economistas, a economia de mercado é o reflexo não distorcido desta soberania popular no mundo econômico. Entretanto, na realidade, a prática da economia descentralizada revela grandes distorções que muito afastam a vivência do ideal.⁸⁹

proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004, p. 156).

84 KANT, Immanuel. *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino: UTET, 1956, p. 262: “Questo contratto è invece una semplice idea della ragione, ma che ha indubbiamente la sua realtà (pratica).”; (Tradução nossa: “Este contrato é, ao contrário, uma simples ideia da razão, mas que indubitavelmente tem sua realidade (prática).”).

85 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 6.

86 FERREIRA FILHO, 1990, p. 6.

87 FERREIRA FILHO, 1990, p. 6.

88 FERREIRA FILHO, 1990, p. 20.

89 FERREIRA FILHO, 1990, p. 20.

Aqui, por conseguinte, calham a reflexão de Hannah Arendt e o sentido humano que empresta ao poder, dado que a aceitação do poder em sua obra ao mesmo tempo delimita a distinção diante do direito. Para Hannah Arendt poder e direito não se confundem, e a violência não é mais do que um instrumento,⁹⁰ pois, com acerto, observa que “jamais existiu governo exclusivamente baseado nos meios da violência”,⁹¹ de tal modo que

O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está “no poder”, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um número de pessoas para agir em seu nome.⁹²

Nesse aspecto é significativa a ponderação de Washington Albino acerca da expressão *repressão ao abuso do poder econômico* (CB, art. 173, § 4º), porquanto “continua atrelada ao compromisso da ideologia liberal da ‘concorrência’ e por ela definindo as possibilidades de ‘abuso’”, de tal modo que a sua consideração mais moderna “não admite tais limitações, ainda mesmo quando o texto constitucional repita expressões como ‘monopólio’ ou ‘eliminação de concorrência’”, pelo que o insigne mestre da Casa de Afonso Pena invoca a autoridade da doutrina portuguesa para observar que

90 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 36: “Poder, vigor, força, autoridade e violência seriam simples palavras para indicar os meios em função dos quais o homem domina o homem; são tomados por sinônimos porque têm a mesma função.”

91 ARENDT, 1994, p. 40. A autora ainda pondera: “Onde os comandos não são mais obedecidos, os meios da violência são inúteis; e a questão desta obediência não é decidida pela relação de mando e obediência, mas pela opinião e, por certo, pelo número daqueles que a compartilham. Tudo depende do poder por trás da violência. A ruptura súbita e dramática do poder que anuncia as revoluções revela em um instante o quanto a obediência civil – às leis, aos dominantes, às instituições – nada mais é do que a manifestação externa do apoio e do consentimento” (Ibid., 1994, p. 39).

92 ARENDT, 1994, p. 36.

Gomes Canotilho e Vital Moreira chegam a afirmar que na Constituição Portuguesa a eliminação dos monopólios privados e a repressão ao abuso do poder econômico ‘é uma tarefa ligada não à idéia da concorrência – que aparece mencionada logo a seguir –, mas sim ao princípio fundamental da constituição econômica que consiste em subordinar o poder econômico ao poder político [...]’. ‘Daí que, neste contexto, o termo *monopólio* deva abstrair-se da sua definição técnico-econômica, para ser entendido no sentido político de excessiva acumulação de poder econômico através de posições de domínio de um ou mais setores econômicos’.”⁹³

É impositivo, nesse compasso, indagar e mesmo buscar identificar as vias para o exercício das competências do Estado para disciplinar o mercado e afirmar valores sociais capazes de consolidar uma democracia econômica,⁹⁴ pois, ao buscar conceber um caminho próprio para assegurar o desenvolvimento nacional previsto na Carta Maior, é que se estará respondendo ao questionamento sobre o sentido normativo da ordem econômica e, nela, da própria ideia de desenvolvimento sustentável prevista no texto constitucional.

A implicação e a polaridade de *fatos, valores e normas* em um processo dialético – aprofundada e teorizada por Miguel Reale – pressupõem a necessária sintonia com o ordenamento superior, que também é concebido no curso desse processo de harmonização da ordem jurídica para limitar o poder arbitrário e sem freios, seja ele o poder ideológico, o econômico ou o político, assegurando com isso a coesão social.⁹⁵

93 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. In: A PROTEÇÃO dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras: Seminário de Brasília de 1991. San José da Costa Rica: Friedrich Naumann – Stiftung, Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1992, p. 157.

94 SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord.). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 29-63, p. 63.

95 SALOMÃO FILHO, 2002, p. 239.

Não por outra razão segue atual a lição de Tomás de Aquino para todos que exercem o poder, a qual, ao lado dos elementos objetivos que identificam os Estados – *povo, território e governo soberano* –, representa um verdadeiro elemento subjetivo definidor da própria identidade das pessoas jurídicas de direito público internacional no âmbito interno de suas relações de poder e autoridade: a permanente busca do bem comum.⁹⁶ Essa é a verdadeira razão de ser do Estado democrático e social de direito, no qual, nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, “a maior liberdade que defende à sociedade civil se vê condicionada à sua conformidade com as finalidades consagradas pelo Texto de 1988”,⁹⁷ razão pela qual a conformação das instituições, públicas ou privadas, e dos direitos da cidadania deve atentar permanentemente para o bem-estar de toda a sociedade. Com acerto, portanto, Eros Grau observa que a “ordem econômica” delineada pela Constituição indica o mundo do dever ser – “conjunto de normas, da Constituição dirigente, voltada à conformação da ordem econômica (mundo do ser)” – e expressa a síntese da *ordem econômica constitucional material*.⁹⁸ Ganha força e autoridade a dimensão axiológica da constituição econômica ao delimitar e preservar a esfera de atuação do Estado e do mercado enquanto manifestações da própria liberdade individual e coletiva, pois conforma em termos dinâmicos o texto e o contexto do compromisso social explicitado na Carta Magna diante da realidade constitucional brasileira.

96 AQUINO, Tomás de. Suma Teológica: Segunda Parte, Tratado sobre a lei, Questão 90, Segundo Artigo. In: MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 49-72, p. 52: “[...], como a lei é ordenada principalmente para o bem comum, qualquer outro preceito relativo a algum trabalho individual deve forçosamente estar destituído da natureza de lei, salvo na medida em que considerar o bem comum”.

97 SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 431-471, p. 470.

98 GRAU, 2006, 91.

5. O DIREITO ECONÔMICO ENQUANTO DIREITO DE SÍNTESE

Ao lembrar mais uma vez que o direito econômico, enquanto direito de síntese, possui assento especial no texto constitucional, resta inequívoca a razão pela qual o poder constituinte consagrou a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal (CB, art. 24, I) na disciplina jurídica econômica. O direito econômico encontra, no conjunto da sociedade e em especial no legislador democrático, o pressuposto delimitador de um espaço público imprescindível para o desenvolvimento sustentável com distribuição de renda e riqueza, bem como para assegurar a própria autonomia privada, pois a definição do bem-estar coletivo decorre de decisões soberanas dos povos.⁹⁹ Nas palavras de Sabino Cassese, “Stato e mercato, pubblico e privato, là dove venivano considerati mondi separati e in opposizione, si presentano come entità interpenetrantesi”,¹⁰⁰ eis que os dois modelos se apresentam menos distantes e cedem reciprocamente.

Neste ensejo cabe apreciar mais detidamente os princípios gerais que conformam a constituição econômica, na qual se vislumbram diversos dispositivos que interagem e integram a chamada ordem econômica constitucional (Constituição do Brasil, arts. 1º, 3º, 4º, 5º, XVII, XVIII, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXIX, XXII, LIV LXXI, 6º a 11, 21, 24, I, 37, XIX e XX, 103, § 2º, 149, 170 a 183 e 193 a 232). O *caput* do art. 170 da CB

99 RABKIN, 2005, p. 270: “Setting boundaries to power is what a constitution does. It can not do that job without boundaries between nations.” (Tradução nossa: “Colocar limites no poder é o que a constituição faz. Ela não pode cumprir tal tarefa sem limites entre as nações.”).

100 CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 134 (Tradução nossa: “Estado e mercado, público e privado, onde vinham sendo considerados mundos separados e em oposição, se apresentam como entidades interpenetrantes”).

estabelece a estrutura geral do ordenamento jurídico-econômico, consignando que o mesmo está fundado na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo também assentado que a finalidade da política econômica adotada pelo Estado está em assegurar a existência digna a todos, conforme os preceitos da justiça social, adotando, para tanto, alguns princípios norteadores.¹⁰¹ É patente que a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa consagram o perfil de uma sociedade capitalista que pretende ser moderna, na qual a interação entre os titulares de capital e de trabalho deverá ser viabilizada pela sociedade e pelo Estado, acerca do que Eros Grau observa

No que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica* repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à circunstância de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.¹⁰²

Os princípios da ordem econômica brasileira elencados no art. 170 da CB começam por consagrar a soberania no campo econômico (CB, art. 170, I), consistindo esta, nas palavras de Lafayette Josué Petter, expressão da própria “autodeterminação

101 Constituição do Brasil: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL, 1988).

102 GRAU, 2006, p. 110-111.

da condução da política econômica”.¹⁰³ A soberania econômica expressa uma ampla perspectiva de políticas públicas e incide sobre aspectos ambientais, sanitários e especialmente econômicos com a adoção até mesmo de aparentes discriminações em favor de empresas nacionais em determinados setores, o que sempre pressupõe uma plena sintonia com o texto constitucional.¹⁰⁴ O comando do art. 170 da CB não orienta o isolamento nacional, mas deve ser corretamente interpretado de modo que sejam adotadas políticas públicas que promovam e estimulem oficialmente o desenvolvimento nacional, o que encontra amparo nos arts. 218 e 219 da Carta Maior e estão concretizados, *v.g.*, no texto da Lei n. 10.973, de 02.12.04 (Lei de Inovação). Nos termos do art. 1º da referida lei, tais incentivos e benefícios fiscais estão voltados à “inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação e ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento industrial do

103 PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 190.

104 O art. 171 da Constituição do Brasil foi revogado pela Emenda Constitucional n. 6, de 15.08.1995, sendo esta a redação do mesmo definida pelo Poder Constituinte originário: “Art. 171. São considerados: I – empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País; II – empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades. § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional: I – conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País; II – estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos: a) a exigência de que o controle referido no inciso II do *caput* se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia; b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno. § 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.” (Brasil, 1988).

País”. Merece destaque, portanto, o disposto no § 4º do art. 218 do texto constitucional,¹⁰⁵ o qual também toma corpo com o teor das Leis n. 11.196, de 21.11.05 (Lei do Bem) e n. 12.715, de 17 de setembro de 2012 (INOVAR-AUTO), pois igualmente estabelecem incentivos e benefícios fiscais com o propósito de fomentar a inovação tecnológica.

Nos incisos II e III do art. 170 da CB, está assegurada a garantia da propriedade e da sua função social, o que reforça a orientação do *caput* no sentido da afirmação da justiça social, sem, contudo, deixar de proteger esse direito típico das economias capitalistas (CB, art. 5º, XXII e XXIII), o qual protege a segurança jurídica dos agentes econômicos que atuam nos mercados. Quanto ao presente tema, em obra coletiva Inocêncio Coelho advoga uma posição doutrinária peculiar ao sustentar que os princípios da *função social da propriedade*, da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor* seriam “os mais significativos em nossa constituição econômica formal”.¹⁰⁶ O mesmo autor com acerto ilustra a “tensão hermenêutica”¹⁰⁷ invocando o voto do Ministro Moreira Alves na ADIn 319/DF,¹⁰⁸ na qual restou reconhecido pelo STF que

[...] em face da Constituição de 1988, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência com os princípios da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais em conformidade com os ditames da justiça social – valores

105 Constituição do Brasil: “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. [...] § 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.” (BRASIL, 1988).

106 COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1407.

107 COELHO; MENDES; GONET BRANCO, 2009, p. 1408.

108 STF: ADIn 319/DF (j. 03/03/93, DJ de 30/04/93, rel. Min. Moreira Alves, “reajuste de mensalidades escolares e princípios gerais da ordem econômica”, p. 53).

inconciliáveis, se vistos em abstrato ou tomados em sentido absoluto –, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.¹⁰⁹

Ainda quanto à função social da propriedade, é de referir-se a presença do Estado na disciplina da locação de imóveis (Lei n. 8.245/91), bem como na restrita determinação da finalidade dos imóveis do Sistema Financeiro da Habitação para “residência do adquirente ou a construção da casa própria”¹¹⁰ (arts. 8º e 9º da Lei n. 4.380/64) e mesmo a definição da atuação do controlador e do administrador na sociedade anônima em atenção aos interesses da “comunidade” e da “economia nacional” (arts. 117, § 1º, “a” e 154 da Lei n. 6.404/76), pois a edição da lei da sociedade por ações, nas palavras de Konder Comparato, “veio consagrar, ao que parece definitivamente, o abandono da teoria do exclusivo atendimento dos interesses acionários e, até mesmo, dos interesses intraempresariais em seu conjunto”.¹¹¹ A disciplina do direito de propriedade em tais circunstâncias ilustra bem a distinção entre *normas restritivas* e *normas não restritivas* de direitos fundamentais referida por Robert Alexy, dado que alguns direitos fundamentais dependem de configuração legal ordinária: “Garantias constitucionais como as referentes ao matrimônio, à propriedade e ao direito de herança pressupõem normas de direito civil.”¹¹² Assim, diante da teoria das garantias institucionais,¹¹³

109 COELHO, MENDES, GONET BRANCO, 2009, p. 1408.

110 CAMARGO, 2001, p. 300.

111 COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 371.

112 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 335: “Sem normas sobre o direito de propriedade a garantia constitucional da propriedade não teria sentido.”

113 SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Traducción Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguillar, 1971, p. 72: “No se puede poner solemnemente bajo la protección de la Constitución al matrimonio, la religión y la propiedad privada, y que, al tiempo, esa

a pura e simples derrogação de tais normas feriria o direito subjetivo dos seus titulares,¹¹⁴ mas, ao mesmo tempo, é inequívoco que os institutos jurídicos do direito civil, ao contrário, *v.g.*, dos direitos fundamentais de ir e vir, de manifestação de opinião e de reunião, mas especialmente a vida, dependem de disciplina infraconstitucional conformadora para serem exercidos. O que, conforme a lição de Jorge Miranda, ao abordar a distinção entre normas preceptivas e normas programáticas, expressa apenas “diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento”,¹¹⁵ pois ainda que a efetividade das normas constitucionais oriente tal distinção entre “normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesmas”,¹¹⁶ ambas integram a ordem constitucional e são igualmente válidas.¹¹⁷ Por consequência, a prevalência de alguns direitos no conjunto dos direitos fundamentais deverá ser aferida judiciosamente mediante a ponderação de valores diante do caso concreto,¹¹⁸ conforme evidenciam alguns Acórdãos do STF.¹¹⁹

É também especialmente representativo o disposto no inciso I do § 4º do art. 153 da Constituição sobre o Imposto

misma Constitución afrezca el método legal para su desconocimiento.”

114 ALEXY, 2008, p. 336.

115 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. 2, p. 246.

116 MIRANDA, 2000, p. 245.

117 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000b, p. 80: “Não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade.”

118 COELHO, MENDES; GONET BRANCO, 2009, p. 1408-1409.

119 STF: Recurso Extraordinário 201.819/RJ (j. 11/10/2005-seg, turma, DJ de 27/10/2006, rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes, “eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas”); “trata-se de entidade que se caracteriza por integrar aquilo que poderíamos denominar como *espaço público* ainda que *não-estatal*” (Excerto do voto do relator, p. 609). ADIn 2806-RS (LEX 296, p. 73-9, DJ de 27/06/03, rel. min. Ilmar Galvão, “liberdade de culto e Estado laico”). ADIn 1950-SP (DJ de 02/06/06, rel. Min. Eros Grau, “direito ao acesso à cultura”). ADIn 3512-ES (DJ de 23/06/06, rel. Min. Eros Grau, “direito à vida”).

Territorial Rural (ITR) enquanto expressão do papel indutor da tributação em face da função social da propriedade, pois suas alíquotas devem ser fixadas “de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas”. O mesmo se passa com o Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), que, nos termos do art. 182, § 4º, II da Carta Maior, será progressivo no tempo caso o proprietário não promova o adequado aproveitamento do mesmo. Também merece registro a vigente política de redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) e de diferenciação da incidência das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas – expressa na edição das Leis n. 12.113/09, 12.546/11 e 12.788/13 – com o propósito de prevenir uma possível recessão em fase da crise econômica mundial.¹²⁰ Aqui é possível identificar com precisão o efeito “alavanca” da norma tributária indutora, pois esta “é utilizada como meio de induzir o comportamento do contribuinte em esfera que não se relaciona diretamente com a propriedade”.¹²¹ Mas o próprio efeito pode “atingir o direito de propriedade”,¹²² no que é imperativa a ponderação de princípios constitucionais em face do princípio da proibição do confisco (CB, art. 150, IV), tendo ênfase a proteção da propriedade econômica. Nesse sentido segue a síntese de Geraldo Ataliba, ao asseverar que

“Capacidade econômica” há de entender-se como real possibilidade de diminuir-se patrimonialmente o contribuinte, sem destruir-se e sem perder a possibilidade de persistir gerando riqueza como lastro à tributação. A violação dessa – pelos excessos tributários – configura confisco, constitucionalmente vedado (além de suprema

120 PORTAL Planalto: “Governo prorroga redução do IPI para móveis, material de construção, linha branca e automóveis” [...] “A renúncia fiscal de setembro de 2012 até dezembro de 2013, será de R\$ 5,5 bilhões...”. Disponível em: <HTTP://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/governo>. Acessado em 12/03/2013.

121 SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92.

122 SCHOUERI, 2005, p. 92.

irracionalidade). Capacidade contributiva e econômica, nesse contexto, são expressões equivalentes.¹²³

A livre-concorrência, assentada no inciso IV do art. 170 da CB, pretende garantir a competição combatendo práticas anticoncorrenciais e de utilização abusiva do poder econômico, sendo assegurada pelo Estado mediante intervenção ou mesmo por indução, pois, ainda que alguns segmentos da economia não aceitem, é inequívoco o caráter estatal das agências reguladoras e dos órgãos de defesa da concorrência.¹²⁴ A livre-concorrência reivindica a presença do Estado na busca do ponto de equilíbrio entre produtores e consumidores (arts. 1º, caput, 20, I, 21, VIII, 27, V, 54, caput, da Lei nº 8.884/94).¹²⁵ Nesse particular Tércio Ferraz Jr. lembra que “a livre-concorrência como um princípio do chamado ‘livre-mercado’ não é necessariamente idêntica à livre-iniciativa”,¹²⁶ pois o mercado livre representa a “ausência de uma interferência externa no seu próprio funcionamento”,¹²⁷

123 ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 75-83, abr./jun. 1991, p. 76.

124 STF: ADIn 2396/MS (j. 08/05/2003, DJ 14/12/01, rel. Min. Ellen Gracie, “veda a fabricação, o ingresso, a estocagem de amianto”: “Presente a necessidade de defesa de interesses do Estado, ante a perspectiva de que a lei impugnada venha a importar em fechamento de um mercado consumidor de produtos fabricados em seu território, com prejuízo à geração de empregos, ao desenvolvimento da economia local e à arrecadação tributária estadual, reconhece-se a legitimidade ativa do Governador do Estado para propositura de ADIn.” (Excerto do Acórdão da Medida Cautelar da mesma ADIn transcrito no voto da relatora, p. 7220).

125 STF: ADIn 1094/DF-MC (j. 21/09/1995, DJ 20/04/2001, rel. Min. Carlos Velloso, “livre concorrência e lei antitruste”): “a Lei n. 8.884, de 1994, está embasada nos melhores princípios constitucionais e alinha-se com a legislação dos países mais desenvolvidos, onde impera o regime da livre concorrência, e constitui, de fato, poderoso instrumento colocado nas mãos do Estado para reprimir os abusos do poder econômico e defender os direitos dos consumidores” (Excerto das informações da Advocacia-Geral da União transcrito no relatório do Acórdão, p. 327).

126 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. 4. painel: apresentação no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 95-98, jan./mar. 1997, p. 95.

127 FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 95.

o que “não quer dizer que livre-mercado propicie imediatamente livre-iniciativa”.¹²⁸ É, por conseguinte, necessária a ponderação de princípios constitucionais ao considerar que o “livre-mercado, protegido pelo princípio da livre-concorrência, proporciona competitividade, o que é fator de importância relevante na formação, por exemplo, dos preços”.¹²⁹ Para Luís Eduardo Schoueri, ainda quanto aos efeitos da ordem econômica sobre a tributação, “a limitação à imunidade recíproca, regida pelo artigo 150, § 3º, depende, para sua correta interpretação, da compreensão do conteúdo do art. 173, que se inspira no princípio da livre-concorrência”,¹³⁰ de tal modo que o autor registra que a livre-concorrência também é assegurada pela vedação de discriminações de unidades da Federação, ou do trânsito de pessoas e bens (CB, arts. 150 a 152). O mesmo autor adverte que o tributo cumulativo expressa “maior custo tributário para as empresas que não têm condições de concentrar etapas”,¹³¹ razão pela qual essa consequência “provoca um efeito indutor, no sentido da concentração da economia”.¹³²

A defesa do consumidor está prevista no inciso V do art. 170 da CB e, para Eros Grau, dentro da classificação de Canotilho, é um princípio constitucional impositivo,¹³³ pois protege o bem-estar econômico do consumidor, assegurando produtos e serviços de maior qualidade e preços mais vantajosos, o que está combinado com o inciso XXXII do art. 5º da CB e foi consolidado com a edição do Código de Defesa do Consumidor

128 FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 95.

129 FERRAZ JÚNIOR, 1997, p. 96.

130 SCHOUERI, 2005, p. 94.

131 SCHOUERI, 2005, p. 96.

132 SCHOUERI, 2005, p. 96.

133 GRAU, 2006, p. 248: “*Princípio constitucional impositivo* (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado.”

(Lei nº 8.078/90).¹³⁴ É inegável o sentido de direção da ordem econômica presente na legislação que tutela o consumidor,¹³⁵ sendo que o mesmo inciso V do art. 170 da CB também orienta a edição de normas indutoras na definição e na proteção dos produtos essenciais mediante tratamento tributário diferenciado, o que pode ser visto pela ótica das necessidades da economia.¹³⁶

O meio ambiente, por sua vez, está tutelado pelo princípio previsto no inciso VI do art. 170 da CB, em clara limitação da propriedade privada, especialmente a produtiva na indústria e na agricultura, buscando assegurar o interesse maior da coletividade com a dupla função de “realização de fins e execução de tarefas”,¹³⁷ sendo que ganhou concreção sistêmica com os arts. 5º, LXXIII; 23, VI e VII; 24, VI e VIII; 129, III; 174, § 3º; 200, VIII e 216, V, da Constituição.¹³⁸ A urgência de medidas de

134 STF: ADIn 2591/DF (j. 07/06/2006, DJ de 29/09/2006, rel. para o Acórdão Min. Eros Grau, “sujeição das instituições financeiras ao Código de Defesa do Consumidor”): “A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo, protegida constitucionalmente (arts. 3º, XXXII e 170, V, da CB/88)” (Excerto do voto do relator, p. 334). “Os agentes econômicos *não têm*, nos princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência, instrumentos de proteção incondicional. Esses postulados constitucionais – *que não ostentam valor absoluto* – não criam, em torno dos organismos empresariais, inclusive das instituições financeiras, *qualquer círculo de imunidade* que os exonere dos *gravíssimos* encargos cuja imposição, *fundada* na supremacia do bem comum e do interesse social, *deriva* do texto da *própria* Carta da República” (Excerto do voto do Min. Celso de Mello, p. 385-386, grifo do autor).

135 STF: ADIn 2334/DF (j. 24/04/2003, DJ de 30/05/03, rel. Min. Gilmar Mendes, “obriga as distribuidoras de combustíveis a colocarem lacres eletrônicos nos tanques dos postos de combustíveis”: “É fácil ver que os princípios da livre-concorrência, da propriedade privada e da livre-iniciativa não podem ser concretizados em detrimento do interesse público, especialmente da defesa do consumidor” (Excerto do voto do relator, p. 165).

136 SCHOUERI, 2005, p. 97.

137 GRAU, 2006, p. 159 e p. 250-251.

138 STF: Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 118/RJ (j. 12/12/2007-tribunal pleno, DJ 29.02.2008, rel. Min. Ellen Gracie, “importação de pneumáticos usados”: “Ponderação entre as exigências para preservação da saúde e do meio ambiente e o livre exercício da atividade econômica (art. 170 da Constituição Federal)”, “Constitucionalidade formal e material do conjunto de normas (ambientais e de comércio exterior) que proíbem a importação de pneumáticos usados” (Excertos

proteção ambiental é um tema atual e de domínio do conjunto da sociedade. A relevância da questão ambiental decorre da irreversibilidade de algumas ações humanas, tal como a extinção de espécies da flora e da fauna. A dimensão mundial e o sentido dinâmico do problema, bem como a dificuldade de avaliação dos custos e benefícios futuros de uma medida ambiental para uma adequada distribuição de recursos intergerações¹³⁹ definem a gravidade do tema. É esclarecedora a reflexão de Plauto Faraco ao observar que, para a superação do que identifica como *crise civilizatória presente*, “urge mudar de rota, no sentido de uma ecocivilização, em que, respeitando-se os direitos humanos, o homem se reconheça como parte da natureza, e não como seu senhor, que dela pode dispor a seu bel-prazer.¹⁴⁰

Diante das desigualdades regionais, o teor do inciso VII do art. 170, em combinado com os “objetivos fundamentais da República” constantes no art. 3º da Carta Magna – *construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* –, revela ser inequívoca a importância do planejamento para o desenvolvimento regional em consonância com a justiça social e o desenvolvimento nacional.¹⁴¹ A adoção

da ementa do Acórdão).

139 SCHOUERI, 2005, p. 98.

140 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 150.

141 STF: Recurso Extraordinário 422.941/DF (j. 06/12/2005-segunda turma, DJ 24.03.2006, rel. Carlos Velloso, “fixação de preços no setor sucroalcooleiro”): “I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CB, art. 170. O princípio da livre-iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CB, 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”

de critérios públicos e a transparência na definição e avaliação permanente das prioridades eleitas para as diversas regiões do país são inafastáveis para o atingimento do propósito de fomentar o desenvolvimento das áreas mais atrasadas economicamente, o que ao final contribui para o desenvolvimento do conjunto da nação. Aqui, diante do profundo reflexo sobre o conjunto da nação, mais do que em qualquer outro dispositivo constitucional, a constituição formal e a constituição material¹⁴² – *o que não carece da tradicional dicotomia*¹⁴³ – devem observar uma eterna relação de coordenação voltada para a concretização da plena identidade entre o real e o normativo,¹⁴⁴ o que pode ser

(Excertos da ementa do Acórdão).

142 Trata-se da recomendável identidade entre o conteúdo das normas formalmente inseridas no documento constitucional e a realidade constitucional, entendida como conjunto de princípios diretivos da ação de impulso e de coação das forças sociais que remete a uma regra precedente disciplinadora de seus efeitos (MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 202-203), o que não se confunde com a distinção entre o conteúdo do documento constitucional dotado de rigidez e a disciplina da matéria constitucional naquele texto e em outros textos normativos sem tal garantia, o que pode ser exemplificado com os temas do divórcio e do direito eleitoral, pois no Brasil a disciplina do primeiro integra formalmente o texto constitucional, embora não expresse o sentido material da ordem constitucional, enquanto que as leis ordinárias eleitorais tratam de matéria substantivamente constitucional.

143 RAMOS, Elival da Silva. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 126-127: “o conceito material de Constituição não é determinado por critérios absolutos e desligados do processo histórico”, pois “de acordo com a visão de Estado predominante, em determinado período, alarga-se ou restringe-se o âmbito da Constituição material.” Na síntese de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a Constituição escrita não contém sempre todas as regras cuja matéria é constitucional” (Op. cit, infra), mas, por outro lado, “há regras que, por sua matéria, são constitucionais ainda que não estejam contidas numa Constituição escrita” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 11), sendo digno de nota que para José Afonso da Silva “no sistema de constituição rígida a distinção entre constituição material e formal tem significado irrelevante” (SILVA, J.A., 2000, p. 210).

144 STF: ADIn 1081/DF-MC (j. 22.06.1994, DJ 03.12.1999, rel. Min. Francisco Rezek, “conversão das mesalidades escolares em Unidade Real de Valor (URV)”: “Primeiro, a inicial insiste na referência a um ‘princípio do liberalismo econômico’ que não consigo encontrar na Constituição do Brasil. Algumas propostas da petição inicial parecem insinuar que o Estado não tem a prerrogativa de legislar a propósito; que o Estado não pode estabelecer normas num domínio a ser regido unicamente pela

identificado na seguinte passagem da obra de Gilberto Bercovici sobre o tema em foco

A Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política. Por outro lado, a juridicidade da Constituição é essencial para a teoria material da Constituição aqui proposta. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condicionam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra. A Constituição não é apenas uma “folha de papel”, não está desvinculada da realidade histórica concreta, mas, também, não é simplesmente condicionada por ela. Em face da Constituição real, a Constituição jurídica possui significado próprio.¹⁴⁵

No aspecto em foco é ilustrativa a possibilidade de diferenciação de alíquotas do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em consonância com as peculiaridades regionais e tendo presente o disposto no inciso VII do art. 170.¹⁴⁶ Todavia, é inarredável que a característica nacional do mercado e, ao mesmo tempo, a competência estadual para instituir tal tributo vedam o arbítrio dos entes da federação em tal matéria com o patrocínio do que se convencionou chamar de “Guerra Fiscal”, a qual sempre foi coibida pelo Supremo Tribunal Federal,¹⁴⁷ pois enseja “a fragmentação do território em virtude do leilão de favores fiscais, tendo em vista o ingresso de empresas em busca de incentivos de natureza fiscal”.¹⁴⁸

livre-vontade das partes, quando se põem a contratar em caráter privado. Sucede que este plenário já desautorizou semelhante tese” (Excerto do voto do relator, p. 44).

145 BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 287.

146 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *ICMS e equilíbrio federativo na constituição econômica*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 65.

147 STF, “guerra fiscal”: ADIn’s 1999/SP (RTJ 173, p. 70-74 e LEX 260, p. 142149, DJ de 31/03/00, rel. Min. Octavio Gallotti); 2021/SP (DJ de 25.05.01, rel. Min. Maurício Corrêa); 2097/PR (DJ de 16/06/00, rel. Min. Moreira Alves) e 1247/PA (DJ de 08/09/95, rel. Min. Celso de Mello).

148 CAMARGO, 2008, p. 64.

A busca do pleno emprego (CB, art. 170, VIII), com o desenvolvimento e o aproveitamento das potencialidades da sociedade e do Estado, é essencial para a própria estrutura social capitalista, pois o mercado é sustentado pela remuneração dos que auferem renda e aquecem a economia consumindo bens e serviços. Aqui, todavia, residem tanto o dever do poder público de fiscalizar o atingimento de metas pelas empresas contempladas com benefícios fiscais e políticas públicas específicas quanto a restrição e a própria vedação de potenciais antinomias com a irrenunciável proteção devida ao meio ambiente,¹⁴⁹ pois implicam o não esgotamento dos recursos naturais (CB, art. 170, VI).¹⁵⁰ A atuação do Estado na busca do pleno emprego expressa autêntica política antirrecessiva, o que evoca a ilustrativa sugestão de Keynes retratada por Fábio Nusdeo, ou seja, “se o governo numa época de depressão contratar duas equipes de operários, incumbindo a primeira de abrir buracos e a segunda de fechá-los, isto parecerá inócuo e absurdo sob o ponto de vista físico, mas terá um sentido altamente salutar”¹⁵¹ para a macroeconomia. Mesmo que o exemplo de Keynes não tenha sido seguido, hoje “a abertura e fechamento de buracos converteu-se na legislação sobre o chamado seguro social, inclusive o seguro-desemprego e outras modalidades de ação governamental, justamente designada de ação anti-recessiva ou anticíclica”,¹⁵² o que aquece a demanda

149 STF: ADIn 1717/DF (DJ de 25/02/00, rel. Min. Sydney Sanches, “vedação de delegação de atividade típica de Estado”); ADIn 2544/RS (DJ de 08/11/02, rel. Min. Sepúlveda Pertence, “vedação de renúncia de competência”).

150 STF: ADIn’s 3540/DF-MC (j. 01/09/2005, DJ de 03/02/06, rel. Min. Celso de Mello, “preservação da integridade do meio ambiente”): “direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade”; “relações entre economia (CB, art. 3º, II, c/c o art. 170, VI) e ecologia (CB, art. 225). (Excertos da ementa do Acórdão).

151 NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 26, n. 65, p. 12-20. jan./mar. 1987, p. 145.

152 NUSDEO, 2005, p. 145.

por bens e serviços e preserva postos de trabalho em nome da supremacia da ordem pública.¹⁵³

O texto constitucional igualmente assegura tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte (CB, art. 170, IX), o que também enseja um princípio constitucional conformador¹⁵⁴ e manifesta o reconhecimento, pelo Poder Constituinte de 1988, da fragilidade de uma economia sem freios, dado que a tendência para a infinita concentração em grandes estruturas monopolísticas exige tal atenção, o que está detalhado no art. 179 da Carta Maior.¹⁵⁵ Representa, portanto, a garantia de condições para o pequeno estabelecimento competir no mercado com concorrentes maiores e mais aptos em face do poder econômico e da escala de produção. E a razão de ser desse dispositivo não é outra senão o reconhecimento de que tais empresas, como bem registra José Casalta Nabais, “são responsáveis pela criação e manutenção de muitos postos de trabalho, assegurando assim a maioria do

153 STF: ADIn 1007/PE (j. 31/08/2005, DJ 24.02.2006, rel. Min. Eros Grau, “inconstitucionalidade da fixação de data de vencimento das mensalidades escolares por lei estadual”): “Ademais, ainda que se considere a educação, quando prestada por particulares, um serviço de natureza não pública, há que se ter em mente que o nosso ordenamento jurídico, ao consagrar a livre iniciativa como um dos pilares de nossa ordem econômica, não o fez de forma absoluta e desvinculada dos demais princípios que a norteiam, como a proteção do consumidor e a redução das desigualdades regionais e sociais, entre outras. A livre-iniciativa e seus princípios estão limitados pela supremacia da ordem pública.” (Excerto do voto vencido do Min. Joaquim Barbosa, que foi acompanhado pelos Ministros Carlos Britto e Celso de Mello, p. 45).

154 GRAU, 2006, p. 259: “Trata-se, formalmente, de *princípio constitucional impositivo* (Canotilho), já que a Constituição como *princípio* o tomou; daí o seu caráter *constitucional conformador*. Não consubstancia, no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma *diretriz* (Dworkin) ou *norma-objetivo*.”

155 Constituição do Brasil: “Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” (Brasil, 1988). Leis n. 9.841/99 (Estatuto da Microempresa), n. 9.317/96 (Sistema Integrado de pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES) e Lei Complementar n. 123/06 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

emprego”,¹⁵⁶ pois também são “fundamentalmente empresas sedentárias, e, de outro lado, as grandes empresas que, por serem cada vez mais configuradas como empresas internacionais ou multinacionais, são basicamente empresas nômadas”.¹⁵⁷ Ao que cabe acrescentar que as empresas de pequeno porte exigem menos investimento para fomentar o desenvolvimento, são mais versáteis e próximas ao consumidor, não induzem hábitos de consumo com o uso da mídia, sofrem com a grande dificuldade na obtenção de financiamento e, pela dispersão de agentes econômicos que propiciam, reduzem a possibilidade de abuso.¹⁵⁸ Ainda no parágrafo único do art. 170 da CB está assegurada a garantia do “livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”, o que valoriza o próprio mercado diante da vedação de intervenção sem autorização legal.

A identificação dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica evidencia que o Poder Constituinte originário levou em conta e foi fortemente influenciado pela concepção de Constituição dirigente e com ela assumiu o entendimento de que o crescimento econômico, no que pese também representar um crescimento da disponibilidade de bens e serviços, deve estar voltado para o desenvolvimento. Vale dizer que o Estado social aponta para a superação da distinção liberal entre

156 NABAIS, José Casalta. *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 392.

157 NABAIS, 2005, p. 392-393.

158 CANAVEZ, Luciana Lopes. A regulamentação atual das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil e o projeto de criação da lei geral: supersimples. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 7, n. 12, p. 133-148, 2004: “representam 99,2% do total de empresas formalmente constituídas” e “representam 56,1% do total das pessoas empregadas no País.” SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. Microempresas: Tributação inadequada e evasão fiscal. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 3, n.8, p.15-20, abr./jun., 1994, p. 15: “Segundo o SEBRAE, as micro, pequenas e médias empresas são responsáveis pela criação de quase 40% do PIB e empregam aproximadamente 80% da mão de obra da indústria.”

sociedade e Estado. É flagrante o papel de direção e de indução do desenvolvimento econômico que cabe ao Estado, sendo logo sensíveis os efeitos decorrentes da omissão das políticas públicas nesse sentido – *seja industrial, comercial, agrícola ou agrária* –, razão pela qual a experiência brasileira de constituição econômica pauta a impropriamente denominada crise do direito tradicional e exige o tratamento jurídico da política econômica. A crise, por certo, não é do direito, mas sim do intérprete do *corpus juris*, eis por que a indagação de Ernst Forsthoff acerca da possibilidade de vingar a composição – em um mesmo texto constitucional – entre “dos Estados tan distintos, con estruturas jurídicas tan diferentes como las del Estado social de prestaciones y las del Estado de Derecho de libertades”¹⁵⁹ encontrou e segue encontrando diversas respostas que confirmam e maximizam a força normativa da Constituição¹⁶⁰ em sua plenitude¹⁶¹ ao integrar o conjunto dos atores sociais entre os intérpretes da Carta Magna, o que representa e constitui uma verdadeira sociedade aberta de intérpretes.¹⁶²

159 FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado social. In: ESTADO social. Tradução José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 45.

160 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 26: “A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional, se conscientize desse condicionamento da normatividade.”

161 MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 54: “Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentado nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela.”

162 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 34: “um entendimento experimental da ciência do Direito Constitucional como ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes ‘não corporativos’ (*nicht-zünftige* Interpreten).”

A democracia não pode conviver com o monopólio aristocrático da interpretação e definição do sentido normativo mais adequado para o texto constitucional em cada contexto histórico. E é o Direito Econômico que, particularmente, melhor responde a qualquer suposta “crise” do direito ao conceber uma *Teoria Geral* que, na reflexão de Washington Albino, se caracteriza, dentre outras manifestações, pela apontada superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. O que se dá com o “afastamento das linhas de consideração da macro e da microeconomia”,¹⁶³ com a flexibilização da hermenêutica tendo presente a economicidade e a afirmação do direito positivo assegurado pelo princípio da “*ideologia constitucionalmente adotada*”.¹⁶⁴ Assim, o pioneiro do direito econômico no Brasil é certo ao questionar a tradicional distinção entre direito público e direito privado e, de forma vigorosa, proclamar

Denunciamos o fato de a divisão entre Direito Público e Direito Privado estar completamente desatualizada diante da realidade jurídica da sociedade atual. No caso específico do Direito Econômico, a política econômica, mesmo traçada pelo Estado, envolve tanto a ação pública e os interesses coletivos quanto a ação e os interesses privados. E, mais ainda, o exercício do Poder Econômico Privado pode levar a tais expedientes e resultar em prejuízo ou em benefício da coletividade e, por isso, seu tratamento não pode mais ficar alheio à ação do Poder Público.¹⁶⁵

6. CONSTITUCIONALISMO E SOBERANIA

As Constituições democráticas – enquanto estruturas normativas que gozam de eficácia jurídica – expressam manifestações e mesmo pactos constituintes entre os diversos

163 SOUZA, 2005, p. 41.

164 SOUZA, 2005, p. 41.

165 SOUZA, 2005, p. 108.

segmentos e forças sociais que compartilham de forma soberana a história comum de cada nação. O povo ao mesmo tempo afirma no texto constitucional um conjunto de princípios superiores que definem o sentido substantivo dos seus propósitos existenciais e, em termos objetivos, consagra o interesse geral de toda a sociedade em face de um imaginário coletivo. A democracia é um pressuposto que afirma o direito de participação de todos os interessados na definição do seu futuro e como tal viabiliza o direito ao pleno desenvolvimento de todos os povos. O núcleo essencial do direito a um regime democrático e o núcleo essencial do direito ao desenvolvimento se confundem com o conteúdo da soberania enquanto definição do estatuto constitucional vigente e normativamente delineado na ordem jurídica nacional e internacional. A superação do regime autoritário que antecedeu ao processo constituinte brasileiro afastou a ilegitimidade das instituições e do processo de investidura do poder e desenhou uma nova ordem enquanto vontade soberana do povo, o que delineou o regime democrático nacional e um modelo de desenvolvimento comprometido com a justiça social.¹⁶⁶ A identidade nacional reside na alternância no poder e na convivência democrática dentro da pluralidade, esferas de participação política em que a cidadania pode identificar e cancelar os distintos projetos de nação sem jamais abdicar do compromisso constitucional com a justiça social.

O Estado constitucional nacional democrático – *assentado nos pressupostos da soberania, da racionalidade e da autonomia moral dos sujeitos individuais* –, “dentre todos os sistemas da

166 FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. In: CONSTITUINTE e democracia no Brasil hoje. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 10: “A Constituinte, como ideia, reivindicação e movimento, visava, no seu esboço inicial, reconquistar a democracia pela instauração da soberania popular. Ela nasceu, salvo manifestações isoladas, em consequência da eleição de 1974, a primeira a demonstrar o repúdio ao sistema militar, de forma clara e nítida. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados, em 1977, pioneiramente no campo das instituições, adotou-a oficialmente como programa de luta e aglutinação política.”

história da política até os nossos dias”,¹⁶⁷ conforme observa Friedrich Muller, “se afigura o de melhor desempenho”.¹⁶⁸ A responsabilidade pela coesão social presente na prestação de serviços públicos, bem como a redução das desigualdades, a inclusão social e o próprio patrocínio de reformas estruturais que assegurem a circulação da riqueza encontram espaço público privilegiado de definição e concretização no Estado nacional de dimensão republicana e democrática fundado na ideia de cidadania e, como tal, constitucionalmente organizado com suporte no princípio da soberania popular e no realista e pressuposto “princípio da igualdade de soberania dos Estados”.¹⁶⁹

Nas palavras de Friedrich Müller, se evidencia que, “diante de uma práxis excludente das sociedades liberais de dois terços (no centro desenvolvido do mundo) até um décimo na periferia”,¹⁷⁰ é no espaço público que “as garantias dos direitos fundamentais nacionais e as garantias dos direitos fundamentais internacionais podem produzir efeitos *políticos – políticos* no sentido de democracia enquanto forma estatal da inclusão –.”¹⁷¹

É inequívoco, desse modo, que o espaço público “pressupõe a realidade social de direitos humanos e de cidadania *igualmente* concedidos, isto é, o espaço legitimador de uma política reformista do Estado de Direito e do Estado de Bem-Estar Social.”¹⁷² Ocorre que a tarefa de distinguir o espaço público do

167 MÜLLER, Friedrich. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Tradução Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-218, p. 208.

168 MÜLLER, 2006, p. 208.

169 KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho*. Tradução Luis Echávarri. 2. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 63-74.

170 MÜLLER, 2006, p. 216.

171 MÜLLER, 2006, p. 216.

172 MÜLLER, 2006, p. 216.

espaço privado, ou mesmo de delimitar e equilibrar a relação entre ambos, é a própria essência da soberania democrática e de seu sentido irrenunciável expresso no constitucionalismo. É lapidar, por isso, a assertiva de Ingo Sarlet ao observar que

Tendo em vista que a proteção da liberdade por meio dos direitos fundamentais é, na verdade, proteção juridicamente mediada, isto é, por meio do Direito, pode afirmar-se com segurança, na esteira do que leciona a melhor doutrina, que a Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito de um autêntico Estado constitucional.¹⁷³

Não é sem sentido que para o neokeinesiano e prestigiado analista econômico agraciado com o prêmio Nobel de Economia de 2008, Paul Krugman, é também inequívoca a importância de um espaço público para a diversidade e a crítica democráticas, pois, passados alguns meses da crise econômica internacional precipitada em meados de 2008, observou: “Depois de tudo finalmente parece que não teremos uma segunda Grande Depressão. O que nos salvou? A resposta, basicamente, é: o Grande Governo.”¹⁷⁴ É digna de nota a lucidez de Paul Krugman, eis que, de forma singela, reconhece a imprescindibilidade do poder público para a coesão social¹⁷⁵ e acaba por atestar o acerto

173 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 59.

174 KRUGMAN, Paul. Averting the worst. *The New York Times*, New York, p. A17, 10 ago. 2009 (tradução nossa). Texto original: “So it seems that we aren’t going to have a second Great Depression after all. What saved us? The answer, basically, is Big Government.”

175 KRUGMAN, 2009, p. A17: “I’m still very worried about the economy. There’s still, I fear, a substantial chance that unemployment will remain high for a very long time. But we appear to have averted the worst: utter catastrophe no longer seems likely. And Big Government, run by people who understand its virtues, is the reason why.” (Tradução nossa: “Eu permaneço muito preocupado com a economia. Ainda existe, eu sinto, uma significativa chance de que o desemprego venha permanecer alto por um

da I Conferência Mundial de Direitos Humanos, ocorrida em 1968, em Teerã, bem como de todos os juristas de expressão internacional que reconhecem o sentido indivisível das dimensões dos direitos fundamentais. A declaração de Teerã – ainda sob a influência da decisão da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1951 em favor da edição dos dois *Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas* adotados em 1966¹⁷⁶ – respalda o acerto de Cançado Trindade ao ponderar que “entre as duas ‘categorias’ de direitos – individuais e sociais ou coletivos – não pode haver senão complementaridade e interação, e não compartimentalização e antinomia.”¹⁷⁷

Pela mesma razão Eros Grau consigna que o *Estado contemporâneo* “é, fundamentalmente, Estado implementador de políticas públicas.”¹⁷⁸ Aqui, portanto, merece especial atenção a

longo período de tempo. Mas nós atuamos para evitar o pior: uma catástrofe completa parece estar longe. E um Grande Governo, dirigido por pessoas que compreendem as suas virtudes, é a razão disso.”

176 Adotados pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em dezembro de 1966, em vigor na ordem internacional desde 1976, foram aprovados no Brasil pelo Decreto Legislativo 226/91 e, uma vez ratificados em 24.01.1992 e posteriormente promulgados pelos Decretos 591/92 e 592/92, foram publicados no Diário Oficial da União de 07.07.1992 e desde então vigoram na ordem jurídica brasileira. O texto do primeiro artigo dos dois pactos anuncia: “Art. 1º. 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude deste direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. 2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência. 3. Os Estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas. Nova York, 19 de dezembro de 1966.”

177 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 9-38, p. 16.

178 GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO,

crítica de Amartya Sen ao pretensioso projeto ocidental de ditar os seus preceitos democráticos para o mundo, pois o pensador britânico de origem indiana, também agraciado com o prêmio Nobel de Economia em 1998, é categórico ao asseverar, em seus ensaios editados na Itália com o título de *A democracia dos outros*, que

La diversità è una caratteristica di quase tutte le culture del mondo, e la civiltà occidentale non fa eccezione. La pratica della democrazia che si è imposta nell'Occidente *moderno* è in larga misura il risultato di un consenso coagulatosi a partire dall'Illuminismo e dalla rivoluzione industriale, e in particolare nel corso del'ultimo secolo o poco più. Vedere in ciò un impegno storico – attraverso i millenni – dell'Occidente verso la democrazia, e contrapporlo alle tradizioni non occidentali (considerate in maniera 'monolitica') sarebbe un grave errore.¹⁷⁹

Os registros históricos e culturais, quando confrontados com a pretensão de alguns agentes econômicos de superação dos limites do Estado em decorrência da globalização da economia, colocam em destaque a reflexão de Sabino Cassese, pois o doutrinador e magistrado da Corte Constitucional italiana parte da constatação de que os capitais se movem livremente pelo mundo, “sfruttando i vantaggi delle discipline nazionali più convenienti”,¹⁸⁰ e os governos nacionais, por sua vez, “fanno di

Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 59-75, p. 59.

179 SEN, 2005, p. 77. Tradução nossa: “A diversidade é uma característica de quase todas as culturas do mundo e a civilização ocidental não é uma exceção. A prática da democracia que se impôs no Ocidente *moderno* é em grande medida o resultado de um consenso que se aglutinou a partir do Iluminismo e da revolução industrial, e em particular durante o último século ou pouco mais. Ver nisso um empenho histórico – através dos milênios – do Ocidente em direção à democracia e contrapor o mesmo às tradições não ocidentais (consideradas de maneira 'monolítica') seria um grave erro.”

180 CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 4. Tradução nossa:

tutto per offrire vantaggi o almeno ridurre le differenze”,¹⁸¹ mas, ao responder a indagação quanto à existência ou não de uma Constituição além do Estado (*Ma c’è una costituzione oltre lo Stato?*), conclui que

Tuttavia, oltre lo Stato, è difficile individuare una costituzione. Non c’è un potere costituente, perché gli sviluppi avvengono per evoluzione, non per rivoluzioni. Non c’è una comunità in grado di legittimare una costituzione globale (anche se vi sono alcuni interessi comuni, quali la prevenzione e il controllo del terrorismo, la preservazione delle risorse ittiche, il controllo del riscaldamento climatico, che producono una domanda aggregata, suscettibile solo di risposte unitarie). Non c’è un contratto tra cittadini e poteri pubblici, perché non c’è una democrazia cosmopolitica. Non c’è un documento che possa definirsi costituzionale (anche se, anche negli ordinamenti interni, non sempre questo c’è). È solo accennata una gerarchia di fonti, per cui lo *ius cogens* prevale sul diritto dei trattati e su quello consuetudinario, a sua volta vincolante per i diritti interni (ma secondo il paradigma dualista).¹⁸²

Assim, quando Sabino Cassese sustenta que há uma ordem jurídica global com uma “substância constitucional”, a qual é constituída pela consagração de alguns direitos fundamentais, bem como pela definição de uma separação de poderes e pela instituição de um sistema de garantias,¹⁸³ não nega a diversidade

“desfrutando as vantagens das disciplinas nacionais mais convenientes”.

181 CASSESE, 2007, p. 4. Tradução nossa: “fazem de tudo para oferecer vantagens ou ao menos reduzir as diferenças”.

182 CASSESE, 2007, p. 188. Tradução nossa: “Todavia, além do Estado, é difícil caracterizar uma constituição. Não existe um poder constituinte, porque os avanços chegam pela evolução, não pelas revoluções. Não existe uma comunidade capaz de legitimar uma constituição global (ainda que existam alguns interesses comuns, tais como a prevenção e o controle do terrorismo, a preservação dos recursos de pesca, o controle do aquecimento climático, que produzem uma demanda agregada, suscetível apenas de respostas unitárias). Não existe um contrato entre cidadãos e poderes públicos, porque não existe uma democracia cosmopolita. Não existe um documento que possa definir-se constitucional (mesmo se, também nos ordenamentos internos, nem sempre este exista). É apenas sinalizada uma hierarquia de fontes, pela qual o *ius cogens* prevalece sobre o direito dos tratados e sobre aquele consuetudinário, por sua vez vinculante para os direitos internos (mas segundo o paradigma dualista).”

183 CASSESE, 2007, p. 188.

cultural existente no planeta, mas, ao contrário, reconhece a pluralidade, o que representa a afirmação do sentido das normas constitucionais de cada Estado. Por conseguinte, ao abordar o significado e os limites de um processo de constitucionalização no âmbito internacional, Otávio Cançado Trindade identifica seis características ou, na dicção do autor, “elementos” em tal processo de mudança, quais sejam:

- a) “um conjunto de práticas sociais para regular o comportamento político e econômico”;¹⁸⁴
- b) “a crença no surgimento de uma nova regra fundamental, ou *Grundnorm*, que transforma um conjunto de normas em uma ordem coerente e unificada”;¹⁸⁵
- c) “a existência de uma comunidade política que autorize a constituição, cujos interesses estarão nela refletidos”;¹⁸⁶
- d) “a existência de um processo deliberativo de elaboração do direito”;¹⁸⁷
- e) “definição das relações entre os órgãos criados”;¹⁸⁸
- f) “existência de um nível de aceitação social ou legitimidade do processo.”¹⁸⁹

Indo além de tais aspectos, Sabino Cassese identifica até mesmo a separação de poderes na existência de órgãos especializados com funções normativas (assembleias, conselhos, reuniões ou conferências entre as partes interessadas), executivas

184 TRINDADE, Otávio Cançado. A constitucionalização do direito: mito ou realidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, p. 271-284, abr./jun. 2008, p. 280-281.

185 TRINDADE, 2008, p. 280-281.

186 TRINDADE, 2008, p. 280-281.

187 TRINDADE, 2008, p. 280-281.

188 TRINDADE, 2008, p. 280-281.

189 TRINDADE, 2008, p. 280-281.

(secretariados, comitês) e jurisdicionais com órgãos permanentes ou temporários. As garantias seriam asseguradas por órgãos quase jurisdicionais e por órgãos de controle da conformidade de tais garantias, mas, nas palavras de Cassese, mesmo sendo “difficile che il diritto internazionale sia un diritto a-costituzionale”,¹⁹⁰ é igualmente “difficile riconoscere un pieno sviluppo del costituzionalismo globale”.¹⁹¹

É, via de consequência, acertada a reflexão de Herman Heller ao sustentar que o “limite normativo-imanente de todo Direito Constitucional”,¹⁹² o qual é “caracterizado pelas lacunas jurídicas absolutas”,¹⁹³ reside na “conexão, em última análise indissolúvel, entre normatividade e normalidade”.¹⁹⁴ Na obra de Hans Kelsen, por sua vez, os fundamentos do normativismo encontram a mais sólida delimitação, podendo ser atribuído ao mesmo autor o mérito de estabelecer as condições metodológicas para a afirmação da força normativa da Constituição,¹⁹⁵ o que, de forma inequívoca, está sedimentado no controle de constitucionalidade decorrente da hierarquia normativa.¹⁹⁶ A doutrina

190 CASSESE, 2007, p. 189. Tradução nossa: “difícil que o direito internacional seja um direito a-constitucional”.

191 CASSESE, 2007, p. 189. Tradução nossa: “difícil reconhecer um pleno desenvolvimento do constitucionalismo global”.

192 HELLER, 1968, p. 316.

193 HELLER, 1968, p. 316.

194 HELLER, 1968, p. 316.

195 MIRANDA, 2000, v. 2, p. 55: “Kelsen configura o direito como ordem normativa, cuja unidade tem de assentar numa norma fundamental – pois o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de outra norma, de uma norma superior. Há uma estrutura hierárquica de diferentes graus do processo de criação do Direito, que desemboca numa norma fundamental.”

196 FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004, p. 17: “O modelo europeu, que possui atualmente uns trinta exemplos, não teria existido sem Kelsen. Com seus trabalhos e seu projeto de Constituição da Áustria de 1920, o mestre de Viena preparou um novo modelo de justiça constitucional, oposto ao modelo estadunidense.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 87: “onde inexistente”.

normativista delineou os elementos essenciais que consagram o papel da Constituição como sendo “a disciplina dos órgãos e do procedimento legislativo e a produção das normas gerais do direito”.¹⁹⁷ A Constituição, na doutrina de Kelsen, “forma a base do ordenamento jurídico, enquanto este consiste em leis e em atos executivos da mesma, da parte da jurisdição e da administração.”¹⁹⁸ E é na evolução de tal debate doutrinário que se fez possível a contribuição de Konrad Hesse no sentido de que as tarefas da Constituição vão além da organização do Estado e de suas competências e limites.¹⁹⁹ A sólida matriz estruturada por Kelsen descortinou horizontes que permitem constatar que, no “proceso político de la moderna sociedad pluralista”,²⁰⁰ se identifica a capacidade do Estado de operar a unidade política compondo segmentos e grupos com opiniões, interesses e aspirações diversas, na qual a efetividade dos direitos fundamentais e de seus princípios estruturantes constitui o centro dinâmico de tal processo.

tal controle de constitucionalidade das leis, como era o caso da Constituição francesa de 1875, a Constituição é rígida, porém, na prática, flexível, porque as normas que contrariamente a ela dispunham eram regularmente aplicadas pelos tribunais.”

197 KELSEN, Hans. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 87. É reveladora a crítica de Kelsen ao pensamento de Smend quando identifica na doutrina deste uma contraposição entre Estado e Constituição e faz a seguinte observação: “Já que o Estado não pode ser outra coisa que integrado – o ser do Estado consiste exatamente em sua integração –, a realidade do Estado resolve-se na oposição a uma Constituição que não cumpre, ou cumpre mal, a própria ‘tarefa’.” (KELSEN, 2003, p. 119).

198 KELSEN, 2003, p. 87.

199 HESSE, Konrad. *Constitución y Derecho Constitucional: capítulo primero*. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. Tradução Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 3: “La unidad política de acción que denominamos Estado no es hoy, como se presupone en la descripción de Jellinek, algo que venga sin más dado. Se necesita establecer tal unidad, y se requiere tanto más su conservación, en cuanto que no está corporeizada en la voluntad uniforme de un pueblo soberano o de una clase dirigente.”

200 HESSE, 2001, p. 3.

O sentido de uma Constituição nacional no século XXI, muito além da mera definição do estatuto do poder político, reclama o entendimento de todas as interações sociais, nas quais o estatuto constitucional do poder econômico e o direito à informação constituem pressupostos essenciais.

Toma relevo, desse modo, a “classificação ontológica das constituições” de Karl Loewenstein, em que são diferenciadas:

- a) *cartas normativas*, nas quais “sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas”²⁰¹;
- b) *cartas nominais*, cuja função primária é educativa com o objetivo de “convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella”²⁰²; e
- c) *cartas semânticas*, nas quais se verifica uma “formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de los detentadores del poder fácticos, que disponem del aparato coactivo del Estado”.²⁰³

A história tem sido exemplar no sentido de apontar o perigo de toda forma de onipotência. Hoje é particularmente sensível a onipotência de segmentos econômicos e da própria manipulação da informação, o que não constitui faculdade exclusiva do poder público. Para Ricardo Camargo, “o destino do homem comum passa a ser um jogo estabelecido entre anunciantes e empresas de comunicação social”,²⁰⁴ pois é descabido “confundir liberdade de

201 LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

202 LOEWENSTEIN, 1976, p. 218.

203 LOEWENSTEIN, 1976, p. 218.

204 CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007, p. 137.

manifestação do pensamento com liberdade de informação, uma vez que, para aquela, o elemento veracidade não se coloca como um condicionante necessário, diversamente do que ocorre com relação à última”.²⁰⁵ Considerando ainda que os fatos, conforme observa Ferreira da Cunha, necessitam de interpretações e até mesmo de intuições, “o direito a uma cabal informação é direito que, na sua maior extensão, tem inegáveis conexões com o direito à educação e à cultura, o direito a aprender, etc.”²⁰⁶ Para Marcelo Neves, “a retórica político-social dos ‘direitos humanos’, paradoxalmente, é tanto mais intensa quanto menor o grau de concretização normativa do texto constitucional”,²⁰⁷ dado que “A prática política e o contexto social favorecem uma concretização restrita e excludente dos dispositivos constitucionais”.²⁰⁸

Mais uma vez se vislumbra a negação dos valores iluministas, pois ignorar a supremacia da Constituição diante dos mercados nacional e internacional acaba por desconstituir a identidade histórica, social e cultural dos povos e afronta o próprio desenho do Estado democrático e social de direito conformado pelo Poder Constituinte do povo, originário e democrático, pois, ainda nas palavras de Ferreira da Cunha, “antes de mais, não terminou nem o legado das Revoluções ocidentais (americana e francesa) nem o ideal de uma sociedade aberta.”²⁰⁹ Nesse aspecto Washington Albino, ao proferir palestra na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, em 10 de agosto de 2001, referiu

205 CAMARGO, 1976, p. 138-139.

206 CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 188-189.

207 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 186.

208 NEVES, 2007, p. 184.

209 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Anti-Leviatã: direito, política e sagrado*. Porto Alegre: Fabris, 2005, p. 136.

Com a globalização, um sentido de realização confirma as nações. O Direito é nacional, os direitos são nacionais, nós vamos acabar com os direitos nacionais? Nós não admitimos isso! Não tem jeito, porque os direitos são também expressões culturais, às vezes culturais da parte de um povo. Então essa globalização tem que ser analisada de outra maneira, aliás da maneira pela qual ela sempre existiu. No mercantilismo havia as nações e elas correspondiam entre si. Agora é que é diferente, é uma questão de dominação sobre o outro, problema de abuso do poder econômico. O que é uso e o que é abuso do poder econômico, qual o limite?²¹⁰

A resposta parece ter sido dada por Hans Kelsen ao afirmar, na obra *A paz através do direito*, que “la autoridad jurídica del Estado es ‘suprema’ en cuanto no está sujeto a la autoridad jurídica de cualquier outro Estado”²¹¹ para concluir no mesmo sentido asseverando que a soberania do Estado “bajo el derecho internacional es la independencia jurídica del Estado de otros Estados.”²¹²

7. CONCLUSÃO

A prestação de serviços essenciais, a viabilização da infraestrutura, a redução das desigualdades, a integração das minorias e o respeito pela diversidade cultural, bem como a própria garantia da livre-concorrência, constituem direitos essenciais que são consagrados pelo constitucionalismo e, por meio de seus instrumentos, assegurados por toda a sociedade. O Estado, portanto, sendo parte do todo maior representado pelo conjunto da sociedade, não pode, sob pena de comprometer sua própria existência, limitar-se ao papel de assegurar a estabilidade de preços e controlar o câmbio, bem como a propriedade e os contratos, eis que o poder econômico não substitui a autoridade

210 SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, 2001, p. 19.

211 KELSEN, 2008, p. 64.

212 KELSEN, 2008, p. 64.

estatal de legislar, governar, viabilizar a continuidade do serviço público e disciplinar condutas, ou seja, assegurar a imprescindível coesão social.

Definir o sentido da interação entre ordem econômica, desenvolvimento e democracia é algo que, muito além do imprescindível contorno dogmático, passa pelo cotejo histórico e sociológico anteriormente delineado e constitui tarefa essencial da filosofia política²¹³ e, no aspecto institucional, do constitucionalismo. Assim, tendo presente que para muitos a democracia expressa um sentido universal, é inequívoco que tal pretensão pressupõe a ausência de preconceitos de qualquer natureza, o que afasta até mesmo a pretensão de que existiria uma única matriz democrática que poderia ser exportada do centro para a periferia econômica mundial. O sentido humanista da convivência democrática está presente em todos os contextos e realidades sociais cujo denominador comum e importância intrínseca residem na valorização da vida e na respeitosa convivência com o dissenso.²¹⁴ O alcance e o significado universal dos processos democráticos para a humanidade guardam identidade com a luta pelo bem-estar e a superação do arbítrio na história dos povos. Assim, a advertência de Norberto Bobbio é merecedora de máxima atenção, eis que, com a lucidez que

213 ZOLO, Danilo. *Il principato democratico: per una teoria realistica della democrazia*. Milano: Feltrinelli, 1996, p. 204: “Compito essenziale della filosofia politica, secondo la celebre ‘mappa’ disegnata da Norberto Bobbio, è porre interrogativi radicali su temi come la giustificazione del potere, i fondamenti dell’obbligo politico, il buon governo, la stessa definizione di ‘politica’. Personalmente aggiungerei che essa dovrebbe impegnarsi a problematizzare anche le categorie teorico-politiche più consolidate, comprese quelle appartenenti alla tradizione umanistica e democratica occidentale e al suo progetto di emancipazione.” (Tradução nossa: “Tarefa essencial da filosofia política, segundo o célebre ‘mapa’ desenhado por Norberto Bobbio, é colocar interrogações radicais sobre temas como a justificação do poder, os fundamentos da obrigação política, o bom governo, a própria definição de ‘política’. Pessoalmente acrescentaria que ela deveria empenhar-se em problematizar também as categorias teórico-políticas mais consolidadas, compreendendo aquelas pertencentes à tradição humanística e democrática ocidental e ao seu projeto de emancipação.”).

214 SEN, 2005, p. 79.

caracteriza a sua obra, ponderou: “se me perguntassem se a democracia tem um porvir e qual é ele, admitindo-se que exista, responderia tranquilamente que não o sei”.²¹⁵

É manifesto que as vontades parciais e em conflito expressas pela livre escolha dos povos soberanos, bem como pela própria cidadania no seio das diversas realidades nacionais, ainda se fazem presentes em forte e substantiva contradição com o poder econômico e sua indiferença diante de limites deontológicos ao protagonizar, ainda que involuntariamente, a exclusão social e mesmo o eventual emprego arbitrário da força, seja ela explícita ou sutil, pois o interesse meramente econômico patrocina “attori opportunisti e cinici in un contesto di scarsità che non offre a tutti le stesse prospettive”.²¹⁶ E é considerando tal contexto de escassez que Emílio Santoro, ao identificar a vantagem da jurisdição sobre a edição de dispositivos legais na composição dos conflitos, observa que governar e exercer a autoridade soberana atentando para a capacidade de investimento e a liberdade de ação dos empreendedores significa “cercare di gestire l’ingestibile, di controllare ciò che non può, e non deve, essere posto sotto controllo”,²¹⁷ ou seja, “la libertà degli attori, dalla quale dipende la produzione e la circolazione della ricchezza e, più in generale, lo scambio sociale complessivo,”²¹⁸ pois também pondera que

La legge non può che limitarsi a definire i limiti generali entro cui i diversi attori/imprenditori possono organizzare le loro attività. La

215 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986, p. 18.

216 SANTORO, Emílio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell’era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008, p. 39. Tradução nossa: “atores oportunistas e cínicos em um contexto de escassez que não oferece as mesmas perspectivas para todos”.

217 SANTORO, 2008, p. 39. Tradução nossa: “procurar gerir o ingovernável, controlar o que não pode e não deve ser colocado sob controle”.

218 SANTORO, 2008, p. 39. Tradução nossa: “a liberdade dos atores, da qual depende a produção e a circulação da riqueza e, mais em geral, o conjunto das interações sociais”.

libertà di azione, che si riconosce ai soggetti, è però tanto una risorsa sociale, quanto un “custo” e un fattore di “rischio” che minaccia le relazioni quotidiane. Inevitabilmente, dunque, si multiplicano e si estendem-se as ocasiões de conflito e de litígio.²¹⁹

Na realidade social brasileira, com injustificáveis índices de pobreza e exclusão social²²⁰ e com segmentos médios que ainda não expressam uma maioria economicamente independente, o que é agravado pelos limites de acesso à informação e por uma opinião pública condicionada por mediações alheias ao processo democrático, o sentido da soberania constitucional ganha identidade e constitui um patrimônio público que deve ser tutelado diante de condutas oportunistas, no que ganham destaque os abusos do poder econômico e a burocracia corrupta. É, por conseguinte, importante reconhecer os avanços do Brasil na superação do constitucionalismo nominal para assegurar o sentido normativo da Constituição e, com ele, do próprio sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Mas, diante de uma realidade tão desigual e injusta, ainda é sensível a atualidade da lição de Francesco Carnelutti ao observar, em sua obra *Teoria Geral do Direito*, que a regra ética reage contra os conflitos de interesses, de tal modo que “A função do direito é, pois, reduzir a economia à ética.”²²¹ Para o que a obra do homenageado deu inequívoca e monumental contribuição que seguirá sendo absorvida pelas futuras gerações.

219 SANTORO, 2008, p. 39. Tradução nossa: “A lei só pode limitar-se a definir os limites gerais nos quais os diversos atores/empreendedores podem organizar as suas atividades. A liberdade de ação, que se reconhece aos sujeitos, é, contudo, tanto um recurso social, quanto um ‘custo’ e um fator de ‘risco’ que ameaça as relações quotidianas. Inevitavelmente, por consequência, multiplicam-se e estendem-se as ocasiões de conflito e de litígio.”

220 RELATÓRIOS do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acessado em 12/03/2013.

221 CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 2000, p. 104.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica: Segunda Parte, Tratado sobre a lei, Questão 90, Segundo Artigo. In: MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do direito*. Tradução Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 49-72.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução André Duarte. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, v. 15, n. 56, p. 75-83, abr./jun. 1991.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Prestação de serviços públicos e administração indireta: concessão e permissão de serviço público, autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações governamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BASTOS, Celso Ribeiro. Existe efetivamente uma Constituição Econômica? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 89-96, abr./jun. 2002.

BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BETTI, Emilio. *Problematica del diritto internazionale*. Milano: Giuffrè, 1956.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. [Constituição, 1988]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de Regulação no Ordenamento Jurídico-Econômico Brasileiro*. Porto Alegre: Fabris, 2000.

_____. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

_____. *ICMS e equilíbrio federativo na constituição econômica*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CANAVEZ, Luciana Lopes. A regulamentação atual das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil e o projeto de criação da lei geral: supersimples. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 7, n. 12, p. 133-148, 2004.

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

CAPPELLINI, Paolo. *Sistema jurídico e codificação*. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca e Angela Couto Machado Fonseca. Curitiba: Juruá, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: LEJUS, 2000.

CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002.

_____. *Oltre lo Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2007.

CHURCHILL, Winston S. *História dos povos de língua inglesa: as grandes democracias*. Tradução Leonid Kipman. São Paulo: IBRASA, 2008. v. 4.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Anti-Leviatã: direito, política e sagrado*. Porto Alegre: Fabris, 2005.

_____. *A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FAORO, Raymundo. Constituinte: a verdade e o sofisma. In: CONSTITUINTE e democracia no Brasil hoje. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1985.

FAVOREU, Louis. *As cortes constitucionais*. Tradução Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Regulamentação da ordem econômica. 4. painel: apresentação no XVII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 5, n. 18, p. 95-98, jan./mar. 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *O poder constituinte*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FORSTHOFF, Ernst. Problemas constitucionales del Estado social. In: ESTADO social. Tradução José Puente Egido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

FURTADO, Celso. Depoimento em documentário. *Jornal Valor Econômico*, v. 7, n. 294, p. 10-11, 12-14, maio 2006. Caderno EU&.

GRAU, Eros Roberto. O discurso neoliberal e a teoria da regulação. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 59-75.

_____. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos*

intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HECKSCHER, Eli F. *La epoca mercantilista: historia de la organización y las ideas económicas desde el final de Edad Media hasta la sociedad liberal*. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

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

_____. Constitución y Derecho Constitucional: capítulo primero. In: BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. Traducción Antonio López Pina. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HIRST, Paul; THOMPSON, Grahame. *Globalização em questão: a economia internacional e as possibilidades de governabilidade*. Tradução Wanda Caldeira Brant. Petrópolis: Vozes, 1998.

HOBBSAWM, Eric J. *A era das revoluções: Europa 1789-1848*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 18. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

HOFMANN, Hasso. *Rappresentanza – Rappresentazione: parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*. Tradução Cláudio Tommasi. Milano: Giuffrè, 2007.

KANT, Immanuel. *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*. Torino: UTET, 1956.

_____. *Metafísica dos costumes*. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria comunista del derecho y del Estado*. Tradução Alfredo J. Weiss. Buenos Aires: Emecé, 1957.

_____. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O Estado como integração: um confronto de princípios*. Tradução Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *La paz por medio del derecho*. Tradução Luis Echávarri. 2. ed. Madrid: Trotta, 2008.

KRUGMAN, Paul. Averting the worst. *The New York Times*, New York, p. A17, 10 ago. 2009.

LIMA, Rui Cirne. A organização administrativa e o serviço público no direito administrativo brasileiro. In: ESTUDOS jurídicos em honra de Soriano Neto. Recife: Faculdade de Direito da Universidade do Recife, 1959. v. 2, p. 9-19.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. Traducción Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1946*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. v. 2.

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

MORTATI, Costantino. *La costituzione in senso materiale*. Milano: Giuffrè, 1988.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. A limitação das possibilidades de atuação do Estado-nação face à crescente globalização e o papel da sociedade civil em possíveis estratégias de resistência. Tradução Peter Naumann. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). *Constituição e democracia: estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 208-218.

NABAIS, José Casalta. *Por um Estado fiscal suportável: estudos de direito fiscal*. Coimbra: Almedina, 2005.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2. ed. São Paulo:

WMF Martins Fontes, 2007.

NUSDEO, Fábio. A ordem econômica constitucional no Brasil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 26, n. 65, p. 12-20. jan./mar. 1987.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Prefácio. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 7-8.

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

PORTAL Planalto. Disponível em: <[HTTP://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/](http://www2.planalto.gov.br/imprensa/noticias-de-governo/)>. Acessado em 12/03/2013.

RABKIN, Jeremy A. *Law without nations?: why constitutional government requires sovereign states*. New Jersey: Princeton University, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. O econômico nas constituições liberais. *Cadernos de Direito Constitucional e Eleitoral*, São Paulo, v. 1, n. 4, p. 21-24, set. 1988.

_____. *A proteção aos direitos adquiridos no direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

REALE, Miguel. O poder na democracia: direito e poder e sua correlação. In: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

RELATÓRIOS do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/>>. Acessado em 12/03/2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto. (Coord). *Regulação e desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-63.

_____. Poder econômico: a marcha da aceitação. In: COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SANTORO, Emílio. *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*. Torino: Giappichelli, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Traducción Jose Diaz Garcia. Madrid: Aguillar, 1971.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. Tributação e liberdade. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao prof. Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 431-471.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *La democrazia degli altri: perchè la liberta non è un'invenzione dell'occidente*. Tradução Aldo Piccato. Milano: Oscar Mondadori, 2005.

SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Murilo Rodrigues da Cunha. Microempresas: Tributação inadequada e evasão fiscal. *Tributação em Revista*, Brasília, v. 3, n.8, p.15-20, abr./jun., 1994

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Repressão ao abuso do poder econômico e direitos humanos. In: A PROTEÇÃO dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras: Seminário de Brasília de 1991. San José da Costa Rica: Friedrich Naumann – Stiftung; Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1992.

_____. *Constituição Econômica*: estudos. Belo Horizonte: Fund. Brasileira de Direito Econômico, 2000. v. 3.

_____. Direito econômico: evolução teórica, aplicação, eficácia e perspectivas no conteúdo da globalização. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 24, n. 54, p. 11-20, 2001.

_____. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

TORELLY, Paulo Peretti. *A substancial inconstitucionalidade da regra da reeleição*: isonomia e república no direito constitucional e na teoria da constituição. Porto Alegre: Fabris, 2008.

TRINDADE, Otávio Cançado. Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). *Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional*: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 9-38.

_____. A constitucionalização do direito: mito ou realidade? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 45, n. 178, p. 271-284, abr./jun. 2008.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*: fundamentos de sociologia compreensiva. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UnB, 1999. v. 1.

ZOLO, Danilo. *Il principato democratico*: per una teoria realistica della democrazia. Milano: Feltrinelli, 1996.

