



Marzo 2015

O ESTADO SUBSIDIÁRIO REGULADOR E DE FOMENTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988¹

Marcelo Zenni Travassos²

RESUMO: O artigo realiza peculiar abordagem dos princípios da subsidiariedade e da livre iniciativa, defendendo que os mesmos são características marcantes do modelo estatal atual estabelecido pela Constituição brasileira de 1988. Em um primeiro momento, expõe-se ser possível visualizar-se uma evolução histórica através de diferentes modelos estatais no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, sendo o modelo estatal contemporâneo marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. Em um segundo momento, o artigo busca responder as críticas de autores que defendem a inexistência de consagração pela Carta Magna de 88 tanto do princípio da subsidiariedade quanto da primazia do princípio da livre iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da subsidiariedade, Princípio da livre iniciativa, Ordem econômica na Constituição, Direito Constitucional Administrativo Econômico.

THE SUBSIDIARY REGULATORY AND FOMENTER STATE AT THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

ABSTRACT: This article realizes peculiar approach to the principles of subsidiarity and of free initiative, defending that both principles are typical characteristics of the

¹ O presente artigo corresponde, em certa medida, a uma sistematização de ideias desenvolvidas em alguns capítulos de tese de doutorado em direito público defendida perante o Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. V. TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas*. 2013. Tese de Doutorado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Rio de Janeiro. 2013. Mimeografada. Capítulos 1.1 e 1.2.

² Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Subsecretário de Estado Jurídico da Casa Civil do Rio de Janeiro. Advogado. Mestre e Doutor em Direito Público pela UERJ.

current State model established by the Brazilian Constitution of 1988. First of all, the article explains that it is possible to see an historical evolution through different State models concerning the government actions on the economical and social orders, affirming that the current State model is substantially defined by the principles of subsidiarity and of free initiative. In a second moment, the article tries to answer the criticisms argued by some authors that believe that the Constitution of 1988 has not established neither the principle of subsidiarity neither the principle of free initiative.

KEYWORDS: Principle of subsidiarity. Principle of free initiative. Economical order at the Constitution. Constitutional Administrative and Economical Law.

SUMÁRIO: I. Introdução e delimitação do objeto. II. Evolução dos modelos estatais de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social. III. Enfrentando as críticas. IV. Conclusões. V. Referências bibliográficas.

1. Introdução e delimitação do objeto.

O presente artigo tem por objetivo principal realizar peculiar abordagem, sob determinado enfoque específico, dos princípios da subsidiariedade³ e da livre iniciativa⁴. Não constituirá objeto do estudo uma análise geral, profunda e exaustiva de todo o conteúdo dos princípios em questão. De forma a definir com clareza os limites do artigo, examinar-se-á pontualmente o entendimento de que o princípio da subsidiariedade e a primazia do princípio da livre iniciativa apresentam-se como

³ V. TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.; V. tb. TORRES, Sílvia Faber. Princípio da Subsidiariedade no Direito Público. In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi & GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pp.1292-1298.

⁴ V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. P. 236.; V. tb. BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

características marcantes do modelo estatal atual consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Estado Subsidiário Regulador e de Fomento, cujo instrumento de atuação típico nas ordens econômica e social é a regulação estatal⁵.

Neste sentido, por um lado, em um momento inicial, buscará o presente trabalho claramente afirmar duas posições. A primeira afirmação a ser realizada será a de que o princípio da subsidiariedade e a primazia do princípio da livre iniciativa se inserem em um contexto temporal, não restrito ao território brasileiro, de evolução de modelos estatais de atuação nas ordens econômica e social. Expor-se-á ser possível visualizar-se uma evolução histórica de diferentes modelos estatais no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, sendo o modelo estatal contemporâneo marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. O Estado contemporâneo, assim, apresenta-se primordialmente como Estado Subsidiário Regulador e de Fomento⁶. A segunda afirmação a ser realizada será a de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou em seu texto precisamente este modelo estatal contemporâneo de atuação nas ordens econômica e social, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

Por outro lado, em um momento posterior, já afirmada a consagração pela Lei Maior de 88 do modelo estatal contemporâneo marcado pela subsidiariedade e pela primazia da livre iniciativa, buscará o trabalho enfrentar as fortes críticas que foram formuladas contra esse entendimento por artigo de autoria de José Vicente Santos de Mendonça e de Cláudio Pereira de Souza Neto⁷. Em sentido diametralmente oposto ao entendimento que será defendido no presente artigo, afirmam os autores mencionados a inexistência de consagração pela Carta Magna de 88 tanto do princípio da subsidiariedade quanto da primazia do princípio da livre iniciativa. Conforme será

⁵ Entendimento este defendido em TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas*. 2013. Tese de Doutorado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Rio de Janeiro. 2013. Mimeografada. Capítulos 1.1.

⁶ Neste sentido, v. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pp. 8-10.; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório: A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 74; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pp. 78-79.

⁷ V. MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

exposto, trata-se de artigo extremamente interessante, tendo-se em vista que os autores, apoiados no liberalismo político de John Rawls⁸, utilizam fundamentos de filosofia político-moral para realizar crítica enriquecedora da dogmática constitucional e administrativa brasileira. Neste ponto, o presente estudo pretenderá descrever o conteúdo e os argumentos do artigo de José Vicente Santos de Mendonça e de Cláudio Pereira de Souza Neto⁹ da forma mais fidedigna possível para, logo em seguida, contraditar ponto a ponto defendido por tais autores de forma analítica.

Com o intuito de melhor sistematizar o plano de trabalho, portanto, adotar-se-á o seguinte roteiro:

1. Introdução e delimitação do objeto.
2. Evolução dos modelos estatais de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social até o contemporâneo Estado Subsidiário Regulador e de Fomento, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa, e adotado pela CRFB de 1988.
3. Enfrentando as críticas formuladas por José Vicente Santos de Mendonça e por Cláudio Pereira de Souza Neto.
4. Conclusões.
5. Referências.

2. Evolução dos modelos estatais de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social até o contemporâneo Estado Subsidiário Regulador e de Fomento, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa, e adotado pela CRFB de 1988.

No presente tópico, pretende-se, de forma muito breve e simplificada, expor a evolução dos diferentes modelos estatais históricos de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social até o advento do contemporâneo Estado Subsidiário Regulador e de Fomento adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil

⁸ V. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Presença, 1996.

⁹ V. MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

de 1988, modelo estatal este marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

Eros Roberto Grau¹⁰, em livro que se tornou referência na seara, leciona que o Estado pode atuar na ordem econômica através de instrumentos diversos bem como em diferentes intensidades. Neste sentido, poder-se-ia classificar a participação do Poder Público na ordem econômica nas seguintes espécies: (a) atuação direta pela prestação de serviços públicos, (b) intervenção por absorção ou participação, (c) intervenção por direção e (d) intervenção por indução.

Luís Roberto Barroso¹¹, por sua vez, destaca a existência de “três mecanismos de intervenção estatal no domínio econômico”: (a) a atuação direta, que se subdividiria em (a1) intervenção por serviço público e (a2) intervenção por atividade econômica, (b) o fomento e (c) a disciplina.

Por fim, ainda a respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello¹² aponta como “modalidades de interferência do Estado na Ordem Econômica”: (a) o poder de polícia, (b) os incentivos e (c) a atuação empresarial.

Ou seja, percebe-se na doutrina, conforme se depreende dos trechos mencionados, poder-se, a despeito de algumas pequenas divergências terminológicas, agrupar as modalidades de atuação estatal nos domínios econômico e social, em sua essência, sob três grandes grupos: (i) a disciplina, (ii) o fomento e (iii) a atuação direta (esta última se subdividindo em atuação direta na prestação de serviços públicos e em intervenção direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito). As três diferentes espécies de atuação do Estado na ordem econômica e na ordem social não são exatamente fungíveis e intercambiáveis. Pelo contrário, prestam-se a diferentes funções, apresentando graus distintos de intensidade.

Mediante a atuação por indução ou fomento, o Poder Público não obriga em sentido estrito o agente econômico privado a nenhuma conduta. Fornece o Poder Público, todavia, estímulos e incentivos para que este realize a conduta desejada pelo Estado. Ou, em sentido diametralmente oposto, fornece o Poder Público desestímulos e desincentivos para que o agente econômico privado deixe de realizar a conduta

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. Pp. 123-175.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 17ªed. 2004. Pp. 619-652.

indesejada pelo Estado. Seriam as hipóteses, por exemplo, de empréstimos subsidiados, de isenções tributárias ou de utilização da extrafiscalidade de alíquotas, visando a estimular (ou desestimular) investimentos em determinado setor bem como a estimular (ou desestimular) o consumo de determinados produtos.

No entendimento de Luís Roberto Barroso, o fomento seria a espécie de atuação estatal sobre o domínio econômico mais apta a possibilitar a realização dos designados “princípios-fins” da ordem econômica pelos particulares, tendo-se em vista a impossibilidade de imposição desses princípios à iniciativa privada¹³. A atuação estatal mediante fomento, não representando uma intervenção direta do Estado nem consistindo em uma determinação rígida de conduta aos agentes privados (que são tão somente estimulados ou desestimulados a adotar determinada conduta), encontra-se em consonância com a idéia de Administração Consensual tão defendida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴.

Ao atuar por meio de direção ou disciplina, por sua vez, o Poder Público conforma de maneira cogente o desempenho de determinada atividade pelos particulares. Neste sentido, cria normas proibindo ou impondo de forma taxativa a adoção de determinadas condutas pelos agentes particulares bem como determinando a forma pela qual tais atividades devam ser realizadas. Ademais, através da atuação por disciplina, o Poder Público fiscaliza o cumprimento das normas cogentes mencionadas, bem como aplica sanções por seu eventual descumprimento.

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁵, deve a intervenção disciplinadora do Estado se submeter a dois limites principais, consistentes no princípio da livre iniciativa (que alberga o princípio da livre concorrência) e no princípio da razoabilidade. Percebe-se ser inegável que a atuação estatal mediante disciplina apresenta uma intensidade interventiva muito maior que a atuação estatal mediante fomento.

Por último, tal qual exposto, pode o Poder Público atuar nos domínios econômico e social de forma direta ao prestar/assegurar a prestação de determinada atividade. Esta

¹³BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

¹⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pp. 78-79.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

espécie de atuação estatal, por sua vez, se subdivide em atuação por serviço público ou intervenção por prestação de atividade econômica em sentido estrito¹⁶.

Enfim, a doutrina constitucional e administrativa majoritária brasileira classicamente divide em três espécies principais as modalidades de atuação do Estado nas ordens econômica e social: a disciplina, o fomento, e a atuação direta (esta última se subdividindo em atuação estatal direta pela prestação de serviço público e em intervenção estatal direta pela exploração de atividade econômica em sentido estrito).

O Estado, instituição social que é, já passou por inúmeras transformações ao longo da evolução histórica da sociedade tanto no que diz respeito ao seu grau de intervenção nas ordens econômica e social quanto no que diz respeito aos instrumentos qualitativos utilizados para tal intervenção.

Nos primórdios do surgimento do Estado, logo quando de seu nascimento (entendido aqui como o surgimento dos Estados Modernos através do processo de centralização que levou ao fim do feudalismo da Idade Média)¹⁷, o Estado estruturou-se

¹⁶ Segundo classificação do professor Eros Roberto Grau que se tornou famosa, o gênero atividade econômica em sentido amplo compreenderia as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito. V. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000. Pp. 123-124. Inúmeros critérios foram formulados ao longo da história no intuito de apartar as duas espécies mediante a identificação do conteúdo de “serviço público”. Tal interesse pela matéria remonta à escola de “serviço público”, também denominada “escola de Bordeaux”, através de Duguit e Jèze. O primeiro estabelece “critério material”, ao identificar serviço público como as prestações necessárias à manutenção da “coesão social”. Jèze, por sua vez, defendia “critério formal”, sendo classificadas como serviço público as prestações submetidas a determinado regime público. Por todos, ver ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) -Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2005. Mimeografado.

¹⁷ Evidentemente o Estado não possui uma “certidão de nascimento” ou uma placa inauguratória de fundação que permita identificar sem qualquer controvérsia seu surgimento. Há duas correntes principais no âmbito da Teoria Geral do Estado, a saber, a dos “continualistas” e a dos “descontinualistas”. Para os primeiros, o Estado não seria uma invenção moderna, podendo ser identificada sua existência já nas cidades-estados da Grécia antiga. A *polis* grega, para tais autores, dotada de território, povo, e poder político soberano, já reuniria todos os elementos principais identificadores da instituição Estado. Ao longo da história, o Estado sempre teria se mantido presente em seus elementos institucionais principais. Teria ocorrido apenas a alteração de elementos acidentais da instituição, o que teria permitido a existência de diversos modelos estatais ao longo da história, passando pelo Estado Medieval, marcado pela descentralização, até o surgimento da espécie Estado Moderno.

Para os descontinualistas, entretanto, tamanhas são as diferenças entre os diversos modelos históricos anteriores à formação do Estado Moderno que nem mesmo se poderia falar na existência de espécies diferentes do gênero Estado na Antiguidade e na Idade Média. A instituição Estado seria uma construção nitidamente original quando do surgimento do Estado Moderno. Neste sentido, a obra literária utilizada como marco do surgimento do Estado, segundo tal corrente, seria MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, [s.n.]. Trata-se de verdadeiro manual escrito pelo autor destinado a auxiliar os soberanos na manutenção e administração do Poder nos recém formados Estados Modernos Absolutistas Monárquicos (no contexto de Maquiavel, italiano, tais Estados consistiam em inúmeros principados). Acerca dos principais elementos constitutivos do Estado bem como acerca dos diferentes modelos estatais existentes em sua evolução histórica, V. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1998.V. tb. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

de forma a adotar postura fortemente interventiva. A face política do absolutismo de tal modelo estatal encontrava no mercantilismo sua face econômica. O modelo estatal do Absolutismo foi marcado por um alto grau de intervenção seja por instrumentos normativos seja pela atuação pública direta, intervenção essa necessária para viabilizar a centralização e o desenvolvimento econômico e social dos Estados recém estruturados após o longo período de feudalismo da Idade Média.

Fato é que, no modelo estatal do Absolutismo, encontrava-se presente a intervenção do Poder Público sobre a ordem econômica em seu mais alto grau e através de todos os instrumentos imagináveis. Agiam os Estados Absolutistas tanto através da atuação por disciplina (baixando normas e decretos reais) quanto através da atuação direta do recém formado aparato estatal (cujo melhor exemplo talvez sejam as companhias de comércio mercantilistas ligadas à coroa).

As revoluções liberais do século XVIII trouxeram profundas alterações em tal cenário. O novo modelo estatal surgido após as revoluções liberais apresentava significativas diferenças em relação ao Estado Absolutista. Tratava-se da estruturação de um modelo de Estado de atuação minimalista. Tanto na seara econômica quanto na social a regra deveria ser a não intervenção estatal. O Estado Liberal, Estado Gendarme ou Estado Guarda Noturno deveria apenas prestar serviços básicos de proteção à vida, à segurança e à propriedade.

O Estado Liberal, portanto, no que diz respeito ao grau e espécies de intervenção, era modelo estatal marcado pela rara atuação do Poder Público nos domínios econômico e social bem como pela garantia de poucos direitos fundamentais, em sua imensa maioria direitos cujo conteúdo era a própria limitação do agir estatal. Mesmo a modalidade de atuação do Estado através da disciplina passou a ser significativamente reduzida. A atuação estatal direta, por sua vez, praticamente desapareceu.

O Estado Liberal encontraria sua derrocada devido a significativos distúrbios de ordem econômica vivenciados no início do século passado. Restou evidente, através das cíclicas crises auto geradas pelo capitalismo, em especial a grande crise econômica de 1929, serem faticamente inconciliáveis tal regime econômico e o modelo vigente de (quase) completa não intervenção estatal apregoado pelo minimalista Estado Liberal. Não se sustentava mais a doutrina econômica do *laissez-faire*, ficando demonstrado que o capitalismo, em um modelo estatal onde fosse ausente praticamente toda e qualquer intervenção, conduziria paradoxalmente a crises do próprio capitalismo.

Surgia assim o Estado Social¹⁸, modelo estatal marcado pelo alto grau de intervencionismo pelo Poder Público nas ordens econômica e social. Se o Estado Liberal havia sido caracterizado pelos direitos individuais, direitos via de regra oponíveis ao Estado e cujo conteúdo era o não fazer estatal, o Estado Social seria caracterizado pelo advento dos direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração, cujo conteúdo era justamente o atuar do Estado com vistas a alguma prestação material. Quanto às espécies de atuação estatal, muito mais do que tão somente baixar normas e regulamentos em sua atuação disciplinadora, o Estado Social intervinha diretamente nos campos social e econômico através da prestação de serviços públicos ou da exploração de atividades econômicas em sentido estrito (realizadas pelo próprio Estado ou pela criação de empresas estatais).

Ao final da década de 1970, entretanto, o Estado Social, marcado pelo alto grau de intervenção direta do Poder Público nas ordens econômica e social, não mais se sustentava. Os orçamentos¹⁹ se apresentavam incapazes de manter a pesada máquina pública, composta por inúmeras empresas estatais deficitárias.

Nos anos 80, no âmbito dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, reformas significativas foram conduzidas respectivamente por Ronald Regan e Margaret Thatcher em busca da redução do tamanho estatal bem como dos gastos públicos. No Brasil, tais reformas seriam desencadeadas a partir dos anos 90 nos governos Collor e Fernando Henrique Cardoso, marcados por uma política econômica neoliberal e por inúmeras privatizações de empresas estatais. Surgia o modelo estatal contemporâneo.

O modelo estatal contemporâneo aparece em substituição ao Estado Social. Extremamente pobre e reducionista, porém, a afirmação freqüente de que a substituição do Estado Social pelo Estado neoliberal contemporâneo representa necessariamente uma redução da atuação do Poder Público nas ordens econômica e social em um simplório retorno ao Estado Liberal. Em verdade, muito mais importante do que eventual alteração no grau de intervenção do Poder Público nas ordens econômica e social, ocorre significativa mudança qualitativa no que diz respeito aos instrumentos utilizados pelo Estado para atuar em tais searas bem como às razões que sustentam tal atuação estatal.

¹⁸Os marcos temporais geralmente oferecidos para o surgimento do Estado Social de Direito são a Constituição do regime de *Weimar* na Alemanha em 1919 bem como a Constituição Mexicana de 1917.

¹⁹ Acerca da crise orçamentária acarretada em virtude dos gastos deficitários impostos aos cofres estatais durante o modelo do Estado Social, v. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pp 5-6.

De fato, em busca de uma redução do tamanho da máquina estatal bem como do alívio das contas públicas, reduz-se a atuação estatal direta através da prestação de serviços públicos bem como da exploração de atividades econômicas em sentido estrito. A atuação pública direta passa a ganhar contornos excepcionais, sendo apenas subsidiária²⁰, unicamente cabível nos casos em que os particulares (através da primazia do princípio da livre iniciativa) não consigam desempenhar alguma função essencial sozinhos e em que seja imprescindível a atuação estatal direta.

Tal recuo da atuação estatal através do instrumento da intervenção direta, entretanto, não deixou um vácuo interventivo, sendo aquele instrumento de atuação estatal progressivamente substituído pelo instrumento da regulação estatal (exercido essencialmente através da disciplina e do fomento da atuação da livre iniciativa).

Com o advento do modelo estatal contemporâneo, percebe-se, em verdade, uma peculiar redistribuição na intensidade de utilização das três clássicas modalidades de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social em relação ao anterior Estado Social. Ocorre nitidamente um progressivo recuo da atuação do Poder Público através da modalidade da atuação estatal direta (seja através da prestação de serviços públicos seja através da exploração de atividades econômicas em sentido estrito) e um correspondente incremento na atuação estatal pelas modalidades do fomento e da disciplina (modalidades de atuação através das quais a regulação estatal se manifesta por excelência).

Segundo Alexandre Santos de Aragão, regulação estatal é “o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.”²¹.

Não por coincidência a regulação estatal constitui o instrumento de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social típico do Estado contemporâneo²², modelo

²⁰ Acerca do princípio da subsidiariedade, v. TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

²¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 37.

²² Tal não significa afirmar que a regulação estatal constitui um instituto nunca antes visto, surgido tão somente com o modelo estatal de 1988. Pelo contrário, a regulação estatal sempre existiu desde que o Estado é Estado. Em maior ou menor frequência e intensidade, desde que existe, o Estado sempre buscou direcionar ou mesmo controlar a conduta de agentes privados com o intuito de atingir determinada finalidade. A regulação estatal, porém, apresenta-se como o instrumento de atuação do Estado na ordem

estatal marcado pela redução da atuação estatal direta sobre as ordens econômica e social bem como pelo correspondente incremento da atuação estatal por meio da disciplina e do fomento da atuação dos agentes econômicos privados.

O modelo estatal contemporâneo, portanto, é marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. A saber, trata-se de modelo estatal em que, via de regra, o desempenho direto das atividades econômicas e sociais deve ser deixado à livre iniciativa privada. Tal não significa, porém, a retirada completa e definitiva do Poder Público das ordens econômica e social. Cabe ao Estado, valendo-se da regulação estatal (instrumento típico de atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social no modelo estatal contemporâneo), disciplinar e fomentar tal desempenho privado. Somente em casos excepcionais, em que por qualquer razão o desempenho de determinada atividade econômica ou social se apresente inviável pelos agentes privados, deverá o Estado subsidiariamente atuar pela via direta. Apenas, portanto, de forma subsidiária e quando inviável a exploração da atividade pelos agentes privados em livre iniciativa.

Tal modelo estatal contemporâneo, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa foi justamente aquele consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 88.

Correto se encontra Ricardo Lobo Torres²³ ao afirmar que o modelo estatal atual, consagrado na Carta Magna de 1988, apresenta-se como “Estado Subsidiário” ou “Estado Regulador”. Em sentido semelhante, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴ fala em “Estado Regulador” ou “Estado de Fomento”.

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 (que pode ser apontada como um documento compromissório em praticamente todas as searas sobre as quais versa) apresenta seu caráter compromissório particularmente reforçado quando versa sobre a ordem econômica e a ordem social. Maior prova disso é que o art. 170 da C.R.F.B./88

econômica e na ordem social particularmente típico do modelo de Estado atual, onde o Poder Público busca atuar, por excelência, através do controle ou direcionamento das condutas dos agentes privados. Entendimento este defendido em TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas*. 2013. Tese de Doutorado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Rio de Janeiro. 2013. Mimeografada. Capítulos 1.1.

²³TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Pp. 8-10.

²⁴MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório: A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 74; v. tb. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pp. 78-79.

consagra simultaneamente o valor do trabalho humano e a livre iniciativa, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência e a busca do pleno emprego. Nada obstante, também não há dúvidas de que, apesar do caráter compromissório da Constituição Econômica, a Carta Magna adotou claramente um modelo de Estado Subsidiário bem como de que a Lei Maior conferiu primazia ao princípio da livre iniciativa²⁵.

Tal opção resta clara já no art. 1º da Lei Maior, ao ser elencada a livre iniciativa como fundamento da República Federativa do Brasil. Além disso, figura o princípio da livre iniciativa igualmente no *caput* do art. 170 como princípio setorial da Ordem Econômica da Constituição²⁶. Por fim, para que o caráter compromissório da Constituição (que, de fato, elenca inúmeros princípios em antítese e tensão abstrata, exigindo ponderação entre si para que sejam compatibilizados) não induza ao equívoco de considerar-se a livre iniciativa apenas “mais um entre vários princípios de igual peso”, basta a leitura do parágrafo único do art. 170 bem como do *caput* do art. 173 (decorrendo deste último dispositivo também a consagração do princípio da subsidiariedade pela CRFB de 1988):

Art. 170- (...)

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.

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

A Constituição de 88 institui um modelo estatal informado nitidamente, no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. O Estado contemporâneo da C.R.F.B./88 institui-se como Estado Subsidiário e Regulador, cujo instrumento de atuação nas ordens econômica e social é por excelência o instituto da regulação estatal.

²⁵ Em sentido contrário, v. MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentação e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Pp. 709-741.

²⁶ Acerca da classificação dos princípios constitucionais em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais, v. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

3. Enfrentando as críticas formuladas por José Vicente Santos de Mendonça e por Cláudio Pereira de Souza Neto.

No capítulo anterior, foi exposto que o modelo estatal contemporâneo, no que diz respeito à atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social, é marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. Mais do que o modelo estatal contemporâneo ser marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa, foi afirmado ainda no capítulo anterior que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontra-se precisamente imbuída desse espírito. A saber, a Carta Magna atual consagra, em uma interpretação sistemática, tanto o princípio da subsidiariedade quanto a primazia do princípio da livre iniciativa.

Deve-se reconhecer, porém, haver entendimento bastante diverso na doutrina. Posicionamento contrário ao apresentado no capítulo anterior encontra-se exposto de forma instigante em artigo de Cláudio Pereira de Souza Neto e de José Vicente Santos de Mendonça, ambos interlocutores que merecem imenso respeito e admiração. Por tal razão, dedicar-se-á o presente capítulo a expor a leitura que foi realizada do pensamento dos autores bem como a defender o entendimento desenvolvido no capítulo anterior. Espera-se realizar leitura fidedigna do que realmente pretenderam afirmar os autores para que não seja cometida a “falácia do espantinho”.

O artigo de Cláudio Pereira de Souza Neto e de José Vicente Santos de Mendonça²⁷ possui um viés bastante crítico de posições que parecem ter se tornado as mais aceitas pela dogmática constitucionalista e administrativista brasileira no âmbito da ordem econômica na Constituição. Desta forma, além de tratar-se de interessante crítica por ser baseada em argumentos de filosofia político-constitucional (não crítica apenas dogmática), o artigo apresenta-se polêmico por vocação.

Primeiramente, os autores iniciam o artigo destacando estarem atualmente consagradas a supremacia constitucional bem como a força normativa da Constituição. Ressaltam que se vive um fenômeno de “constitucionalização do direito”, que se

²⁷ MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

expressa tanto como “constitucionalização-inclusão” (a Constituição passa a tratar de diversos campos) quanto como “constitucionalização-releitura” (os diversos campos do direito são interpretados à luz da Constituição). Paralelamente, ressaltam também os autores que se vive igualmente um fenômeno de “fundamentalização”, que se expressa tanto como “fundamentalização-inclusão” (inclusão de novos conteúdos de direitos fundamentais) quanto como “fundamentalização-releitura” (as diversas áreas da Constituição passam a ser interpretadas à luz dos direitos fundamentais devido à sua dimensão objetiva e a sua eficácia irradiante).

Ao abordar a questão da fundamentalização, os autores utilizam, de forma muito interessante, a teoria do liberalismo político de John Rawls. Explicam que o mundo atual é marcado pelo fato do pluralismo, com inúmeras doutrinas abrangentes particulares (sobre os diversos campos da vida moral, religiosa, etc.). Os diversos indivíduos, em seu dia-a-dia, livremente adeririam a doutrinas abrangentes ao escolherem autonomamente seus planos pessoais de vida privada. Haveria, porém, um consenso sobreposto às diversas doutrinas abrangentes particulares, incidente sobre os princípios de justiça de Rawls. Apenas este objeto de consenso sobreposto, princípios de justiça, onde incluídos os preceitos fundamentais, deveria necessariamente ser adotado quando da estruturação do Poder Público. Somente o consenso sobreposto, interseção das diversas doutrinas abrangentes razoáveis (interseção esta consistente nos princípios de justiça), poderia ser imposto de forma cogente pelo Poder Público aos planos de vida individuais, determinando ainda a forma como o Estado deveria ser estruturado bem como conduzido. As demais partes das diversas doutrinas abrangentes (que não integram o consenso sobreposto) não poderiam ser necessariamente impostas à estruturação do Poder Público. Poderiam tão-somente ser adotadas no jogo político desde que razoáveis.

Os fenômenos descritos constituem a base de filosofia político-constitucional utilizada pelos autores para tratar do objeto principal do artigo: a fundamentalização-inclusão pela doutrina majoritária do princípio constitucional da livre iniciativa e conseqüente interpretação de diversas normas constitucionais à luz de tal preceito fundamental em virtude da fundamentalização-releitura. O problema todo seria que, na opinião dos autores, a doutrina teria conferido uma abrangência excessiva ao conteúdo do princípio da livre iniciativa passível de fundamentalização-inclusão. Teria sido considerado preceito fundamental conteúdo excessivamente abrangente, não fundamental, mas sim decorrência de doutrinas particulares abrangentes em postura

fundamentalista. Como consequência, diversos pontos da Constituição de 1988 estariam sendo indevidamente interpretados em virtude da fundamentalização-releitura desempenhada a partir de um conteúdo excessivamente abrangente da livre iniciativa (os institutos colocados em teste pelos autores são (i) os monopólios públicos, (ii) o conceito de serviço público e (iii) o princípio da subsidiariedade).

No entender dos autores, a primazia da livre iniciativa não poderia ser incluída no conteúdo do consenso sobreposto, dotado de fundamentalização, e à luz do qual deveria necessariamente ser estruturado o Poder Público. Neste sentido, para os autores, seria equivocada a afirmação (frequente na dogmática constitucional e administrativa brasileira acerca da ordem constitucional econômica) de que a primazia da livre iniciativa bem como o princípio da subsidiariedade teriam sido consagrados na Constituição.

O princípio da subsidiariedade e a primazia da livre iniciativa poderiam sim ser adotados futuramente no jogo político, não sendo proibidos pela Constituição. Nada obstante, a Constituição também não impediria que monopólios estatais e restrições à livre iniciativa fossem igualmente adotados no futuro jogo político. Neste sentido, o princípio da subsidiariedade e a primazia da livre iniciativa consistiriam em uma doutrina abrangente, não contida no consenso sobreposto nem consagrada na Constituição como necessariamente imposta ao Poder Público.

A adoção de tal doutrina abrangente do princípio da subsidiariedade e da primazia da livre iniciativa seria possível, mas exigiria a deliberação política infraconstitucional, não decorrendo diretamente da Carta Magna. A Lei Maior permaneceria neutra em relação às doutrinas abrangentes. Assim, seria permitido que as mesmas fossem adotadas na deliberação política infraconstitucional (desde que doutrinas abrangentes razoáveis ao não violarem o consenso sobreposto), porém não sendo adotadas pela própria Constituição como conteúdo de fundamentalização.

Embora bastante interessante pelo manejo de argumentos de filosofia político-constitucional para criticar a dogmática constitucional e administrativa brasileira majoritária acerca da ordem constitucional econômica, não se pode concordar com alguns pontos do excelente artigo.

Os autores utilizam bastante a teoria do liberalismo político de Rawls quando abordam a questão dos conteúdos a serem considerados como sujeitos à “fundamentalização”. De fato, os direitos fundamentais e os princípios de justiça, objeto do consenso sobreposto em meio ao pluralismo de doutrinas abrangentes, deveriam ser

fundamentalizados e impostos de forma pré-política à estruturação do Poder Público e à própria Constituição. As doutrinas abrangentes, desde que razoáveis, deveriam ser deixadas ao jogo político.

Um primeiro questionamento que se levanta acerca do artigo, porém, diz respeito à relação estabelecida pelos autores entre o instituto rawlsiano do consenso sobreposto e o objeto constitucional. A saber, os autores fazem crer que o objeto constitucional, o conteúdo contido nas normas constitucionais, de certa forma, corresponderia única e exclusivamente ao consenso sobreposto. Neste sentido, o conteúdo da Constituição se restringiria aos direitos fundamentais e aos princípios de justiça politicamente neutros, impostos necessariamente à estruturação do Poder Público. O objeto constitucional não adotaria nenhuma parcela de doutrina abrangente (ainda que razoável) no que excedesse ao consenso sobreposto, pois tal não seria o papel da Carta Magna. Esta se manteria neutra, permitindo que a legislação infraconstitucional, através da deliberação do jogo político, adotasse doutrinas abrangentes, desde que razoáveis e compatíveis com o consenso sobreposto (esse sim objeto constitucional). Sérias dúvidas podem ser levantadas acerca de tal relação estabelecida pelos autores entre o objeto constitucional e o consenso sobreposto.

Não há dúvidas de que não é ideal que uma Constituição trate das mais específicas miudezas casuísticas, acarretando a indesejável necessidade de reforma da Lei Maior com frequência. Nada obstante, tal afirmação não se confunde com a impossibilidade de a Constituição já ser um documento político, indo o conteúdo constitucional além do consenso sobreposto, dos princípios de justiça e da “fundamentalização inclusão”.

Há muito tempo que Luís Roberto Barroso²⁸ já destaca que a Constituição de 1988, muito mais do que analítica, apresenta-se como uma “constituição casuística”, tendo a mesma se perdido no “varejo das miudezas”. Como bem ressalta o constitucionalista, em decorrência de tal característica, as mais simples deliberações quotidianas do jogo político exigem a reforma do texto constitucional.

Certamente não é bom que assim o seja. A necessidade de reforma frequente do texto constitucional atua em sentido contrário aos tão desejados princípios da

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

efetividade e da força normativa da Constituição²⁹. Se é verdade que uma Constituição deve estar sempre sujeita a alterações que a mantenham em conformidade com a realidade sobre a qual deve incidir (o que possibilita sua permanência ao longo da história), igualmente verdade é que uma Constituição não deve ser simplesmente mero reflexo da realidade, possuindo a Lei Maior aptidão para conformar os fatos sociais.

Konrad Hesse³⁰, em resposta a Ferdinand Lassalle³¹, discorda da afirmação de que a Constituição formal seria mera “folha de papel”, sem qualquer força diante da mais singela alteração dos “fatores reais de poder”. Para Hesse, haveria uma tensão dialética entre a Constituição formal e os fatores sociais. Por um lado, a Lei Maior não poderia se divorciar completamente da realidade sobre a qual deve incidir. Por outro, porém, a Lei Maior apresentaria igualmente capacidade para alterar a realidade através de sua força normativa. Um dos ingredientes a aumentar a força normativa da constituição seria justamente o fato de a Lei Maior não ser diuturnamente reformada, perdendo assim sua credibilidade em determinada ordem jurídica.

Enfim, quão mais casuística uma Constituição, mais freqüente será a necessidade de que a mesma seja reformada em decorrência da mais simples deliberação democrática diuturna do jogo político. Por sua vez, quão mais freqüentemente seja alterada uma Constituição, mais em risco se coloca a força normativa e a efetividade da Lei Maior.

Não há dúvidas, portanto, sobre as vantagens de uma Constituição que não invada excessivamente o âmbito da política deliberativa ordinária. As opções políticas mais detalhadas e conjunturais devem prioritariamente ser deixadas ao jogo da deliberação democrática infraconstitucional, sem necessidade de alteração freqüente do quadro básico da Lei Maior. Neste sentido, pode-se até concordar com Cláudio Pereira de Souza Neto e com José Vicente Santos de Mendonça³² no posicionamento de que seria desejável uma Constituição que não se aprofundasse no mínimo detalhe das

²⁹ O próprio Luís Roberto Barroso muito bem relata a verdadeira luta travada pelo constitucionalismo brasileiro até que a Constituição ganhasse verdadeiramente status de “norma”, deixando de ser mera “carta de intenções”. Não por acaso Luís Roberto Barroso pode ser considerado o principal expoente do que se convencionou denominar de “doutrina constitucionalista da efetividade”, composta pelos juristas que lutaram pela força normativa da Constituição.

³⁰ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

³¹ LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

³² MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa”. IN SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

opções políticas ordinárias conjunturais, deixando as mesmas para a seara da deliberação infraconstitucional ordinária.

Nada obstante, tal não se confunde com a necessidade de a Constituição dever necessariamente se transformar em um documento politicamente neutro, contendo rigorosamente apenas o consenso sobreposto e sem poder realizar qualquer opção política ainda que no mais alto grau de abstração. Ao contrário, o objeto constitucional já pode sim ir além do consenso sobreposto, configurando documento que contenha opções políticas por doutrinas abrangentes conforme a deliberação democrática, evidentemente desde que tais doutrinas abrangentes sejam razoáveis.

Essa inclusive a leitura que o presente trabalho realiza do “Liberalismo Político” de John Rawls³³. Segundo a leitura que este artigo realiza da obra em questão, não necessariamente deveriam ser tratados como sinônimos o consenso sobreposto e o objeto constitucional. O consenso sobreposto, tal qual já exposto, seria aquele consenso formado apesar do fato do pluralismo, se sobrepondo às inúmeras doutrinas particulares abrangentes. Tal consenso consistiria eminentemente nos princípios de justiça de Rawls, adotados em uma redefinição rawlsiana do instituto do contrato social, firmado pelos indivíduos em uma hipotética posição original onde se encontrariam sob o véu da ignorância. O consenso sobreposto, portanto, seria formado em um momento pré-constitucional, anterior à instituição do Estado e da Constituição. Em verdade, uma das funções principais do consenso sobreposto seria justamente determinar as possibilidades de estruturação do Poder Público e do conteúdo da própria Constituição a ser adotada. A saber, o Poder Público deverá se estruturar em conformidade com o conteúdo do consenso sobreposto. Da mesma forma, a Constituição que será adotada não poderá ter conteúdo que afronte o consenso sobreposto.

O fato de o conteúdo da Constituição a ser adotada não poder violar o consenso sobreposto (formado em momento pré-constitucional quando os indivíduos firmam o contrato social na posição original rawlsiana hipotética), entretanto, não significa que tal conteúdo constitucional deva se restringir apenas ao conteúdo do consenso sobreposto. O objeto constitucional pode incluir conteúdos outros, inclusive opções políticas por doutrinas abrangentes, desde que estes conteúdos não violem o consenso sobreposto (ou seja, desde que razoáveis). Enfim, a imposição feita pelo consenso sobreposto pré-constitucional não é a de que o conteúdo constitucional se restrinja ao conteúdo de tal

³³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Presença, 1996.

consenso sobreposto, mas tão somente a de que o conteúdo constitucional, ainda que adote politicamente doutrinas abrangentes, não viole tal consenso sobreposto.

Ou seja, já em um plano teórico-abstrato e de forma aplicável a toda e qualquer Constituição, segundo a leitura realizada pelo presente artigo sobre o “Liberalismo Político” de John Rawls, não há qualquer imposição de que o objeto constitucional se restrinja ao conteúdo do consenso sobreposto, sendo possível que uma Constituição configure documento político a adotar doutrinas abrangentes desde que razoáveis e ainda em alto grau de abstração. Já em um plano teórico-abstrato e de forma aplicável a toda e qualquer Constituição, essa parece ser a relação estabelecida no “Liberalismo Político” de John Rawls entre o consenso sobreposto e o objeto constitucional, não determinando o autor que a Constituição seja politicamente neutra, mas tão somente razoável e não violadora do consenso sobreposto.

Porém, muito mais do que as afirmações acima serem pertinentes em um plano teórico-abstrato e aplicáveis genericamente a toda e qualquer Constituição, acima de tudo, em uma abordagem concreta e específica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, outra não poderia ser a conclusão. Ao analisar-se especificamente a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tal qual realizado no capítulo anterior deste artigo, depara-se com um fato concreto, contra o qual não podem subsistir quaisquer posicionamentos teóricos e abstratos em sentido diverso: Não se está diante de uma Constituição politicamente neutra!

É um fato empírico o de que a Constituição de 88 já pode ser apontada como documento político. O conteúdo da Carta Magna de 1988 não se limita a explicitar ou declarar um consenso sobreposto politicamente neutro e restrito aos princípios de justiça básicos estruturantes do Poder Público bem como aos direitos fundamentais. Pelo contrário, o conteúdo da Constituição de 88 vai além do consenso sobreposto, compreendendo já opções políticas realizadas em conformidade com o procedimento deliberativo democrático (opções políticas essas razoáveis, eis que não violadoras dos princípios de justiça).

Mais precisamente, tal qual afirmado no capítulo anterior deste trabalho, no que diz respeito à Ordem Econômica na Constituição, a Carta Magna de 88 realiza sim uma opção política pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

O caráter compromissório da Constituição de 88 não pode ser confundido, como na posição defendida por José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza

Neto³⁴, com a afirmação de que a livre iniciativa estaria prevista na Constituição de 88 não como opção política preponderante, mas apenas como mais um entre vários princípios de igual peso. Muito menos com a afirmação de que a Lei Maior não teria consagrado o princípio da subsidiariedade.

Evidentemente o princípio da livre iniciativa não é absoluto, podendo ceder. Nada obstante, a Constituição de 1988 deixa claro em inúmeros de seus dispositivos que o princípio da livre iniciativa deve ser preponderante, tomando-se por excepcionais os casos em que tal princípio deva ceder. Da mesma forma, resta clara da leitura de nossa Carta Magna a consagração do princípio da subsidiariedade, sendo certo que a regulação estatal se torna o instrumento principal de atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, essencialmente agindo o Estado através da disciplina e do fomento da livre iniciativa.

Da leitura do parágrafo único do art. 170, percebe-se que, embora em alguns casos excepcionais previstos em lei possa ser exigida autorização de órgão público, o habitual deve ser a preponderância da livre iniciativa em qualquer atividade sem qualquer exigência de autorização pública. Da mesma forma, da leitura do art. 173, percebe-se que, embora em alguns casos excepcionais, por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, seja permitida a exploração de atividade econômica pelo Poder Público, o habitual deve ser a vedação à exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Ou seja, não há que se falar em o princípio da livre iniciativa ter sido elencado como apenas mais um entre inúmeros princípios de igual peso da ordem constitucional econômica. Muito menos em inexistência de previsão do princípio da subsidiariedade. A Lei Maior não deixa dúvidas acerca de quais as regras e quais as exceções a reger a seara: (i) via de regra, não pode o Poder Público explorar diretamente atividade econômica, sendo exceções os casos de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (princípio da subsidiariedade); (ii) via de regra, deve ser assegurada a exploração privada de qualquer atividade econômica em preponderância da livre iniciativa sem a exigência de qualquer autorização pública, sendo exceções os casos em que exigida autorização pública para a exploração privada de atividade econômica em livre iniciativa (primazia do princípio da livre iniciativa).

³⁴MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Pp. 709-741.

Ainda que assim não fosse desde o advento da Carta Magna em 1988, este passou a ser o espírito da Lei Maior a partir da série de reformas que o documento sofreu ao longo dos anos. Trata-se de alterações constitucionais realizadas pelo Poder Constituinte Derivado que não poderiam ser consideradas pontuais, esparsas e desconectadas entre si. Ao contrário, trata-se de reformas sistemáticas e perpassadas por um mesmo espírito constitucional: justamente o de conferir maior ênfase à opção política da Constituição pela primazia do princípio da livre iniciativa, bem como por consagrar o princípio da subsidiariedade e a atuação pública nas ordens econômica e social primordialmente através da regulação estatal.

A Constituição de 1988 surgiu como fruto de uma pluralidade de interesses em nítido compromisso após a derrocada da ditadura militar. Os anos que se seguiram, entretanto, foram marcados pela progressiva implementação da ideologia político-econômica neoliberal³⁵. A Constituição da República neste período, refletindo nítidas opções político-econômicas, sofreu alterações em inúmeros pontos sensíveis da ordem econômica, verdadeiramente se adaptando ao novo ideal político-econômico dominante.

Neste sentido, progressivamente aumentou-se o repúdio da ordem constitucional econômica à atuação estatal direta e preponderante sobre o domínio econômico. Paulatinamente, retirou-se o Estado das modalidades de atuação direta, privatizando sociedades que prestavam atividades econômicas e até mesmo delegando serviços públicos. Moldou-se um Estado Regulador ou de Fomento. Por fim, o modelo dotado de maior grau de intervenção estatal sobre a economia- o regime dos monopólios- foi relativizado.

Segundo Luís Roberto Barroso³⁶, podem ser apontadas três principais transformações estruturais complementares que foram objeto das reformas econômicas brasileiras. Em um primeiro grupo, as Emendas constitucionais nº 6, nº 7 e nº 36 trouxeram o fim de certas restrições ao capital estrangeiro.

Em segundo lugar, houve mudança implementada por atos normativos e administrativos infraconstitucionais, que consistiram nos programas de privatização³⁷.

Por fim, a terceira grande transformação apontada por Luís Roberto Barroso foi implementada pelas Emendas constitucionais nº5, nº 8 e nº 9, que flexibilizaram

³⁵ Principalmente os governos dos presidentes Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pp. 276-277. Tomo II.

³⁷ V. Lei 8.031/90 e Lei 9.491/97.

monopólios. A Emenda constitucional nº 5 deu nova redação ao art. 25, § 2º da Constituição, permitindo que os Estados realizem concessão para fins de exploração local de gás canalizado. A Emenda constitucional nº 8 alterou os incisos XI e XII do art. 21, permitindo que a União realize concessão, permissão ou autorização sobre as atividades de telecomunicação e radiodifusão. A Emenda constitucional nº 9 inseriu os §§ 1º e 2º do art. 177, flexibilizando o monopólio estatal das atividades de petróleo.

Enfim, como exposto, mesmo que se pudesse afirmar que a Constituição de 1988, quando de sua promulgação, elencava a livre iniciativa tão somente como mais um entre vários princípios de igual peso em uma Carta de natureza compromissória e politicamente neutra bem como que inexistia na Carta de 1988 qualquer previsão para o princípio da subsidiariedade, tais afirmações não poderiam ser reproduzidas para o estágio atual da Lei Maior pós reformas. Não há dúvidas de que, após as reformas mencionadas, a Carta Magna de 1988 restringe as possibilidades de atuação estatal direta (que se torna subsidiária diante da primazia da livre iniciativa) sobre as ordens econômica e social, conferindo preponderância à atuação estatal mediante regulação (essencialmente através da disciplina e do fomento da livre iniciativa).

4. Conclusões.

O presente artigo buscou realizar peculiar estudo sobre os princípios da subsidiariedade e da livre iniciativa. De forma mais delimitada, sem ter o intuito de analisar profundamente nem de exaurir o conteúdo de tais princípios, o objeto proposto pelo trabalho foi o de enfrentar a polêmica afirmação de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 teria consagrado, no que diz respeito à atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social, determinado modelo estatal contemporâneo, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

Desta forma, primeiramente, no Item 2, buscou-se expor ser possível vislumbrar-se uma evolução histórica dos princípios, fundamentos e instrumentos de atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social. Neste sentido, foram apontados, desde o surgimento do Estado Moderno, distintos modelos estatais, passando pelo Estado Absolutista, pelo Estado Liberal, pelo Estado Social, até o advento do Estado contemporâneo. Cada um dos modelos estatais mencionados foi marcado por uma

diferente forma (quantitativa e qualitativa) de atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social, valendo-se, em maior ou menor frequência e intensidade, dos instrumentos da disciplina, do fomento e da intervenção direta.

Em seqüência, foi exposto que o modelo histórico estatal contemporâneo é marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa. Em relação ao modelo estatal anterior (Estado Social), o modelo estatal contemporâneo se apresenta como um Estado Subsidiário Regulador e de Fomento. Há uma redução da atuação do Poder Público sobre as ordens econômica e social através da exploração estatal direta de serviços públicos e de atividades econômicas em sentido estrito. Tal não significa, entretanto, a retirada do Poder Público das ordens econômica e social, mas tão somente uma redefinição de seu papel e instrumentos primordiais de atuação. O Estado passa a atuar sobre as ordens econômica e social eminentemente através da regulação estatal, disciplinando e fomentando a prestação de atividades pela livre iniciativa privada.

Ainda no Item 2, foi afirmado que tal modelo estatal contemporâneo, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa, foi consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A leitura dos arts. 1º, 170 e 173 não deixa dúvidas a esse respeito. Via de regra, a exploração de atividades deve ser deixada à primazia da livre iniciativa, sem que seja exigida qualquer autorização estatal para tanto. Somente em casos excepcionais a exploração de atividades pela livre iniciativa privada pode estar condicionada à exigência de autorizações estatais. Da mesma forma, via de regra, não deve o Poder Público explorar diretamente atividades econômicas. Somente em casos excepcionais (imperativo de segurança nacional ou por relevante interesse coletivo) tal exploração estatal de atividade econômica deve ser permitida.

O Item 3 do estudo, por sua vez, dedicou-se a expor bem como a contraditar posição adotada em artigo de autoria de José Vicente Santos de Mendonça e de Cláudio Pereira de Souza Neto. Trata-se de artigo em que os autores, em entendimento diametralmente oposto ao defendido no presente estudo, afirmam a inexistência de consagração na Constituição da República Federativa do Brasil do princípio da subsidiariedade bem como da primazia do princípio da livre iniciativa.

Foi exposto que os autores, buscando aplicar a teoria desenvolvida por John Rawls em “Liberalismo Político” à ordem constitucional econômica, argumentam que o princípio da livre iniciativa decorreria de uma doutrina abrangente, não integrante do

consenso sobreposto. Desta forma, embora pudesse ser (ou não) livremente adotado de forma infraconstitucional conforme o jogo político democrático, o princípio da livre iniciativa não poderia ser objeto da “fundamentalização-inclusão”. Da mesma forma, não sendo objeto tocado pela “fundamentalização-inclusão”, o princípio da livre iniciativa não poderia se prestar como paradigma de interpretação dos demais institutos através da “fundamentalização-releitura”. Foi exposto, portanto, que, no entender dos autores, não haveria que se falar em a Constituição de 1988 ter consagrado nem o princípio da subsidiariedade nem a primazia do princípio da livre iniciativa. A livre iniciativa seria tão somente um entre vários princípios de igual peso previstos de forma compromissória na Lei Maior.

O presente artigo, entretanto, ainda no Item 3, divergiu frontalmente de tal entendimento. Defendeu-se no Item 3 do presente estudo que José Vicente Santos de Mendonça e Cláudio Pereira de Souza Neto realizaram relação equivocada entre o objeto constitucional e o instituto do consenso sobreposto desenvolvido no “Liberalismo Político” de John Rawls. Não há dúvidas de que o consenso sobreposto ao fato do pluralismo de doutrinas abrangentes, definido na posição hipotética rawlsiana do véu da ignorância (momento pré-político e pré-constitucional), que recai eminentemente sobre os princípios de justiça, não pode ser violado pelo conteúdo constitucional. Nada obstante, defendeu o presente estudo que não necessariamente deve o conteúdo constitucional se restringir ao consenso sobreposto pré-político. Inclusive, não necessariamente deve a Lei Maior ser um documento politicamente neutro. Pelo contrário, desde que o conteúdo constitucional não viole o consenso sobreposto (desde que se trate de opções políticas razoáveis), nada impede que a Constituição já contenha algumas decisões políticas.

Ou seja, posicionou-se o presente estudo, ainda em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, no sentido de que não necessariamente o conteúdo constitucional deve se restringir ao consenso sobreposto, não necessariamente devendo uma constituição ser politicamente neutra. Pelo contrário, posicionou-se o presente estudo, ainda em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, no sentido de ser possível que as constituições já realizem opções políticas, desde que as mesmas, sendo razoáveis, não violem o consenso sobreposto pré-político e pré-constitucional.

Por fim, ainda que não fosse suficiente a argumentação desenvolvida em um plano teórico e aplicável a toda e qualquer constituição, restou claro no Item 3 que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não deixa qualquer dúvida

acerca de a mesma já ter realizado opções políticas. A Lei Maior de 1988 definitivamente não é um documento politicamente neutro. Caso assim fosse quando de sua promulgação em 1988, certamente deixou de ser ao longo das significativas alterações que sofreu através do exercício do Poder Constituinte Derivado. Mais particularmente no que diz respeito à atuação do Poder Público nas ordens econômica e social, a Carta de 1988 claramente adota um Estado Subsidiário Regulador e de Fomento, marcado pelo princípio da subsidiariedade e pela primazia do princípio da livre iniciativa.

5. Referências.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Dimensão e o Papel dos Serviços Públicos no Estado Contemporâneo*. 2005. Tese (Doutorado em Direito) -Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, 2005. Mimeografado.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 47-83. Tomo II.

BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. Pp. 276-277. Tomo II.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo: Martins Fontes, [s.n.].

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 17ªed. 2004.

MENDONÇA, José Vicente Santos de & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. In: SARMENTO, Daniel & SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório: A Alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de relações setoriais complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

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

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Lisboa: Presença, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. V. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TORRES, Sílvia Faber. Princípio da Subsidiariedade no Direito Público. In TORRES, Ricardo Lobo, KATAOKA, Eduardo Takemi & GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Pp. 1292-1298.

TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *A legitimação jurídico-moral da regulação estatal à luz da premissa liberal-republicana: autonomia privada, igualdade e autonomia pública. Estudo de caso sobre as regulações paternalistas*. 2013. Tese de Doutorado em Direito Público apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Rio de Janeiro. 2013. Mimeografada.