

*Lumen Juris* Editora

www.lumenjuris.com.br

**EDITORES**

João de Almeida

João Luiz da Silva Almeida

**CONSELHO EDITORIAL**

Alexandre Freitas Câmara  
Amilton Bueno de Carvalho  
Cezar Roberto Bitencourt  
Cesar Flores  
Cristiano Chaves de Farias  
Carlos Eduardo Adriano Japiassú  
Eugênio Rosa  
Fauzi Hassan Choukr  
Firly Nascimento Filho  
Francisco de Assis M. Tavares  
Geraldo L. M. Prado  
Gustavo Sénéchal de Goffredo  
J. M. Leoni Lopes de Oliveira  
José dos Santos Carvalho Filho  
Manoel Messias Feixinho  
Marcellus Folastrini Lima  
Marcos Juruena Villela Souto  
Nelson Rosenvald  
Paulo de Bessa Antunes  
Paulo Rangel  
Ricardo Máximo Gomes Ferraz  
Salo de Carvalho  
Victor Gameiro Drummond  
Társis Nametala Sarlo Jorge

**CONSELHO CONSULTIVO**

Álvaro Mayrink da Costa  
Antonio Carlos Martins Soares  
Augusto Zimmermann  
Aurélio Wander Bastos  
Elida Séguin  
Flávia Lages de Castro  
Flávio Alves Martins  
Gisele Cittadino  
Humberto Dalla Bernardina de Pinho  
José Fernando de Castro Farias  
José Ribas Vieira  
Luiz Ferlizardo Barroso  
Marcello Ciotola  
Omar Gama Ben Kaus  
Sergio Demoro Hamilton

**Rio de Janeiro**

Av. Londres, 491 - Bonsucesso  
Rio de Janeiro - RJ - CEP 21041-030  
C.N.E.J.: 31.661.374/0001-81  
Inscr. Est.: 77.297.936  
TEL.: (21) 3868-5531 / 2564-6319  
Email: lumenjuris@msm.com.br /  
Home Page: www.lumenjuris.com.br

**São Paulo**

Rua Primeiro de Janeiro, 159  
Vila Clementino - São Paulo, SP  
CEP 04044-060  
Telefone: (11) 5908-0240

**Rio Grande do Sul**

Rua Cap. João de Oliveira Lima, 129/202  
Santo Antonio da Patrulha - Pitangueiras  
CEP 95600-000  
Telefone: (51) 3662-7147

**Brasília**

SHC/Sul C L 402 - Bloco B - Lj 35  
Asa Sul - Brasília - DF  
CEP 70236-520  
Telefone: (61) 3225-8569

CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO  
DANIEL SARMENTO  
Coordenadores

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas

EDITORA LUMEN JURIS  
Rio de Janeiro  
2007

cas exploradas pelo Estado que não sejam qualificáveis como serviços públicos.<sup>145</sup>

O art. 173 da Constituição tem, com efeito, como seu único objeto as atividades econômicas *stricto sensu* exploradas mas não monopolizadas pelo Estado. Não abrange, portanto, de um lado, as atividades econômicas *lato sensu* que a Constituição ou o Legislador considere serviços públicos (reservados ou não ao Estado), nem, por outro lado, as atividades econômicas *stricto sensu* monopolizadas pelo Estado.

Assim, as escolas privadas não podem argüir a concorrência desleal das escolas públicas que gozem de favores do Poder Público, que inclusive as financia a ponto de assegurar o acesso gratuito, uma vez que a educação pública, ainda que não exclua a iniciativa empresarial privada no setor, não é atividade econômica do Estado, mas sim um serviço público.<sup>146</sup>

<sup>145</sup> Cf. Tópico precedente.

<sup>146</sup> MORENILLA, José María Souvón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 574-575. O autor ibérico também afirma (ob. cit., p. 215) "existirem autênticos serviços públicos prestados pela Administração ainda que a atividade de que trate não tenha sido monopolizada *de jure* por esta, e sem que, portanto, esta atuação prestacional pública, efetuada sem reserva, deva reconduzir-se à mera iniciativa pública (na economia) desenvolvida em paridade de trato e livre concorrência com as empresas privadas análogas (caso em que certamente não estaríamos diante de serviço público)".

## Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa

Cláudio Pereira de Souza Neto\*  
José Vicente Santos de Mendonça\*\*

*"Mas uma coisa são as tendências dominantes na esfera política e outra coisa é a análise da constituição econômica. A questão é que a constituição econômica hoje permite sem dúvida a desintervenção econômica do Estado e a sua tendencial redução a um papel essencialmente regulador, no contexto de uma "economia de mercado regulada". O que não pode, porém, concluir-se é que tal modelo é o modelo constitucional, como se fosse constitucionalmente imperativo."*<sup>1</sup>

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio republicano, fundamentalização e imparcialidade constitucional. 2.1. Fundamentalização-inclusão e fundamentalização-releitura. 2.2. Princípio republicano, razão pública e imparcialidade constitucional. 3. O constitucionalismo liberal-abrangente e a interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa. 3.1. Imparcialidade e abrangência na interpretação dos monopólios públicos. 3.2. Imparcialidade e abrangência na formulação de um conceito material de serviço público. 3.3. A crítica democrática à constitucionalização-inclusão do princípio da subsidiariedade. 4. Proposições objetivas.

### 1. Introdução

O Direito contemporâneo caracteriza-se pelo incremento constante da força normativa da Constituição. A tendência vem se acentuando desde o segundo pós-guerra, apesar das descontinuidades verificadas na história constitucional de muitos Estados. No Brasil, a marca do constitucionalismo recente é a preeminência normativa da Constituição de 1988, texto que pôs fim à última irrupção

\* Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Doutor em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

\*\* Professor de Direito Econômico do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais - Rio de Janeiro (IBMEC-RJ). Doutorando em Direito Público pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ).

<sup>1</sup> MOREIRA, Vital. A metamorfose da "Constituição Econômica". *Revista de Direito do Estado*, nº 2, 2006. O destaque consta do original.

autoritária e já entrou em vigor pretendendo-se "para valer".<sup>2</sup> Registra-se, desde então, a progressiva ascensão do Direito Constitucional. Se, há trinta anos, a Constituição brasileira era promessa, e o Direito Constitucional, literatura fantástica ou sociologia política, hoje o quadro mudou. A Constituição é norma; o Direito Constitucional, disciplina jurídica.

Nosso estudo se debruça sobre o momento culminante desse longo processo, em que se dá a chamada "constitucionalização do Direito". Para além da tradicional inclusão de conteúdos no texto constitucional (*constitucionalização-inclusão*), sustenta-se, hoje em dia, a necessidade de se reinterpretar a ordem infraconstitucional de acordo com a Constituição (*constitucionalização-releitura*). A Carta atual consagra, como nenhuma antes, a dignidade humana. Não é de se estranhar que se queira vê-la incidir sobre o todo da Ordem Jurídica. Esse movimento se verifica, ainda, no interior da própria Constituição: além da inserção de conteúdos no sistema de direitos fundamentais (*fundamentalização-inclusão*), exige-se a interpretação da totalidade do sistema constitucional à luz desses direitos (*fundamentalização-releitura*).

Como regra, essa dinâmica merece ser celebrada. Mas aqui e ali há excessos. Um deles será examinado em detalhe: a utilização de categorias desenvolvidas no âmbito da Teoria dos Direitos Fundamentais, a partir do compromisso com a promoção da dignidade humana, para restringir a possibilidade de o Estado intervir na economia. Isso tem ocorrido através de interpretações hiper-expansivas do âmbito de proteção do princípio da livre iniciativa. Se tais interpretações atribuem conteúdo à livre iniciativa (*fundamentalização-inclusão*), também orientam a interpretação dos demais preceitos constitucionais relativos à atividade econômica (*fundamentalização-releitura*). Nossa tese é a de que essa dupla *fundamentalização* viola o princípio republicano e o princípio democrático, ao limitar as deliberações das maiorias através de uma concepção "fundamentalista" dos direitos fundamentais.<sup>3</sup>

No campo de provas estão três assuntos próprios do Direito Econômico: (I) a abrangência constitucional dos monopólios públicos, (II) a noção de serviço público e (III) o *status* constitucional do princípio da intervenção subsidiária do Estado na economia. O artigo pretende contribuir para a desmistificação de um dos sentidos mais polêmicos da "constitucionalização do Direito" operada pela dogmática brasileira: sentido que propõe como ontologicamente *necessárias* algumas opções, e, num giro retórico, pretende tornar realidade constitucional um *consenso imposto*. Confira-se.

<sup>2</sup> Para a expressão, cf. BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer? In: *Anais do Congresso Nacional dos Procuradores de Estado*, 1986.

<sup>3</sup> Alertando para a impropriedade de concepções "fundamentalistas" dos direitos fundamentais, cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 170.

## 2. Princípio republicano, fundamentalização e imparcialidade constitucional

### 2.1. Fundamentalização-inclusão e fundamentalização-releitura

O termo "constitucionalização do Direito" tem sido utilizado em dois sentidos. A primeira acepção – *constitucionalização-inclusão* – é imediata. Determinado assunto, antes tratado pela legislação ordinária, ou simplesmente ignorado, passa a fazer parte do texto constitucional. É a "constitucionalização-elevação" de Favoreu, transferência, para a Constituição, da sede normativa da regulação da matéria.<sup>4</sup> A Constituição de 1988 está repleta de exemplos. Originariamente, dentre outros institutos e instituições, *constitucionalizou* a autonomia universitária (art. 207) e a Defensoria Pública (art. 134), inéditos em nossa história constitucional.<sup>5</sup> Depois, suas Emendas *constitucionalizaram* os princípios da eficiência administrativa (art. 37, *caput*) e da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII), cujo tratamento se restringia ao plano ordinário, além de terem instituído o Conselho Nacional de Justiça, com a atribuição de promover o controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário (art. 103-B).<sup>6</sup>

A segunda acepção – *constitucionalização-releitura* – só veio a receber maior atenção nos dias de hoje. Desde que a Constituição passou a ser compreendida como *norma jurídica* dotada de superioridade formal e material em relação às demais, era questão de tempo até que se passasse a denominar como "constitucionalização do Direito" a percepção, mais ou menos difusa, de que todas as normas infraconstitucionais deviam pagar algum *tributo de sentido* à norma máxima.<sup>7</sup> O fenômeno, no Brasil, vem sendo descrito e justificado em

<sup>4</sup> FAVOREU, Louis. La constitutionnalisation du droit. In: *L'unité du droit: Mélanges en hommage à Roland Drago*. Paris: Economica, 1996. É tradicional a distinção entre Constituições  *sintéticas e analíticas*. As primeiras são Constituições restritas ao estabelecimento de catálogos de liberdades fundamentais e de normas estruturantes do Estado; as segundas vão bastante além disso, regulando amplos e variados aspectos da vida política, econômica e social. Pois bem: os conceitos denotam extremos de *constitucionalização-inclusão*. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *RDA*, vol. 240, abr./jun. 2005, p. 20.

<sup>5</sup> No tocante à Defensoria Pública, as Constituições anteriores se limitavam a determinar, genericamente, que o Estado criasse órgãos especiais para prestar assistência jurídica gratuita. Cf. Constituição de 1934, art. 113, 32; Constituição de 1946, art. 141, § 35; Constituição de 1967/69, art. 150, §32.

<sup>6</sup> As Emendas à Constituição de 1988 têm optado não por *desconstitucionalizar* os temas originariamente tratados, mas por substituir a regulação originária por novas orientações. Foi o que ocorreu com a Emenda Constitucional nº 19, aprovada para substituir um modelo de Administração Pública, então caracterizado como "burocrático", por outro modelo, denominado "gerencial". A principal exceção é a do sistema financeiro nacional, praticamente *desconstitucionalizado* pela Emenda nº 40, de 2003, que revogou todos os incisos e parágrafos do art. 192, preservando apenas algumas disposições genéricas que tinham lugar no *caput*.

<sup>7</sup> Favoreu menciona a "constitucionalização-transformação", que seria a "impregnação" dos diferentes ramos do Direito pela Constituição (FAVOREU, *op. cit.*, p. 37). Optou-se, contudo, pela

diversos estudos, com ênfase nas pesquisas recentes sobre a "filtragem constitucional",<sup>8</sup> a eficácia privada dos direitos fundamentais<sup>9</sup> e a formação de um *Direito Civil-Constitucional*.<sup>10</sup> A jurisprudência já assumiu a idéia, fazendo uso corrente da técnica da interpretação conforme a Constituição, com a qual procuração normativa harmônica com a Constituição",<sup>11</sup>

Fenômenos próximos se desenvolvem, no interior da Constituição, com relação ao sistema de direitos fundamentais. Também há uma *fundamentalização-inclusão*, inserção de conteúdos no sistema de direitos fundamentais, e uma *fundamentalização-releitura*, interpretação de toda a Constituição de acordo com esses preceitos.<sup>12</sup> Explica-se.

ênfase em conceitos e expressões comuns à experiência doutrinária e jurisprudencial brasileira. Diga-se, ainda, que é com fundamento nessa percepção que se tem sustentado que "toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional". (BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. XVIII).

8 SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999; SCHIER, Paulo Ricardo. *Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo*. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 3, nº 10, jul./set. 2005.

9 Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2005; SARLET, Ingo (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; VALLE, André Rufino. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; SOMBRA, Thiago. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas: a identificação do contrato como ponto de encontro dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2004; SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

10 A conformação de um *Direito Civil-Constitucional* não se traduz, apenas, na incorporação de temas tradicionais do Direito privado ao texto da Constituição, i. e., na *constitucionalização-inclusão*. O que o denota é a afirmação de que o Direito Civil não é regido, com exclusividade, pelo Código Civil e pela legislação esparsa, encontrando na Constituição sua "unidade de sentido"; e a incorporação, pela sua metodologia, de métodos originariamente elaborados pelo Direito Constitucional e pela Filosofia do Direito, especialmente os que concernem à aplicação de princípios. Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a aplicação do Direito Civil*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-22; TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa*. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, nos 6 e 7, 1998-1999; MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Ano 17, julho-setembro 1993, pp. 21-32; FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando os fundamentos do direito chamado Direito Civil Constitucional*. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do Direito Privado: reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002, pp. 174-210.

11 STF ADI 3046/SE Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28-05-2004, p. 492.

12 O termo "fundamentalização" é utilizado por CANOTILHO, J. J. Gomes. *Compreensão jurídico-política da Carta*. In: *Parecer sobre a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Faculdade de Direito, 2000.

O primeiro fenômeno, o da *fundamentalização-inclusão*, é velho conhecido dos publicistas. Se a história do constitucionalismo é, em grande medida, a história da ampliação progressiva do conteúdo constitucional, assim também o é a história particular dos direitos fundamentais, em que são identificadas sucessivas gerações de reconhecimento e positividade. Seu termo inaugural é a positividade dos direitos de liberdade no séc. XVIII, com as declarações de direitos e as primeiras Constituições. No início do séc. XX, verifica-se a positividade dos direitos sociais. Hoje, há a atribuição de *status* constitucional a direitos difusos, sobretudo os relativos ao meio ambiente e à proteção do consumidor. Embora a história dos direitos fundamentais, nos diversos países, não possa ser rigorosamente descrita por esse relato em "gerações",<sup>13</sup> é tendência generalizada a progressiva "fundamentalização formal" de novos e variados conteúdos.<sup>14</sup>

A *fundamentalização-inclusão* pode ocorrer, também, em termos materiais. Para além dos direitos formalmente fundamentais (Título II da Constituição da República), o sistema comporta direitos fundamentais em razão da *importância de seu conteúdo*. A Constituição de 1988 prevê essa possibilidade. De acordo com o § 2º de seu artigo 5º, os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Em decisão polêmica, o Supremo Tribunal Federal deu consequência prática ao preceito, ao atribuir o *status* jusfundamental ao princípio da anterioridade tributária, positivado no art. 150, III, b, da Constituição da República, isto é, fora do catálogo expresso.<sup>15</sup> Essa *fundamentalização-inclusão* através da afirmação da fundamentalidade material demanda recurso a argumentos situados no plano da justificação dos preceitos constitucionais. No exemplo, a *fundamentalização* do artigo 150, III, b, decorreu de se afirmar que o preceito constituía garantia da segurança jurídica.

O processo de *fundamentalização-inclusão* é decisivo porque, apesar de os direitos fundamentais não possuírem superioridade formal em relação ao restan-

13 Há quem diga, por exemplo, com apoio em pesquisa histórica, que, no Brasil, primeiro foram garantidos os direitos sociais, para que depois se garantissem os direitos civis e políticos. Cf. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. Sob o prisma formal, contudo, a *fundamentalização-inclusão* seguiu, no nosso país, os padrões mais gerais do constitucionalismo mundial, com a positividade de direitos civis e políticos nas Constituições de 1824 e 1891, e com a positividade de direitos sociais nas cartas de 1934 e seguintes. A positividade dos direitos de terceira geração, aqui, também só veio a ocorrer quando o século passado já se encaminhava para o seu final, na Constituição de 1988.

14 Essa progressiva ampliação do sistema de direitos fundamentais tem sido objeto de críticas. Aponta-se, especialmente, a tendência a uma "inflação dos direitos fundamentais" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 203, jan.-mar., 1996, p. 5). As sucessivas gerações de direitos fundamentais estariam alargando excessivamente a abrangência do conceito, do que resultaria sua desvalorização.

15 STF ADIN 939-7/DF Relator Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.94.

te do texto da Constituição,<sup>16</sup> são superiores sob o prisma material,<sup>17</sup> daí resultando importantes conseqüências quanto à sua eficácia e estabilidade: (a) os direitos fundamentais, uma vez que possuem maior "peso abstrato", gozam de prioridade *prima facie* na ponderação com outras normas não inseridas na esfera da fundamentalidade;<sup>18</sup> (b) além disso, estão especialmente protegidos (i) como *cláusulas pétreas*, não podendo ser revogados pelo constituinte reformador (CRFB, art. 60, § 4º, IV); (ii) como *princípios constitucionais sensíveis*, justificando a decretação de intervenção federal em caso de sua inobservância pelos Estados e pelo Distrito Federal (CRFB, art. 34, VII); (iii) como *preceitos fundamentais*, cuja proteção conta com o instrumento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF (CRFB, art. 102, § 1º); (iv) como normas passíveis de *aplicação imediata*, não podendo, em regra, serem interpretados através de conceitos restritivos de sua eficácia, como o de "norma não-auto-aplicável" (CRFB, art. 5º, § 1º).

16 Como é de conhecimento geral, a tese contrária foi formulada por BACHOF Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Coimbra: Almedina, 1994. O STF já teve a oportunidade de rejeitá-la: "A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras é impossível com o sistema de Constituição rígida. Na atual Carta Magna, compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, caput), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se despreste a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição" (ADI 815/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 10-05-1996).

17 Como esclarece Ana Paula de Barcellos, embora os princípios "não disponham de superioridade hierárquica sobre as demais normas constitucionais, até mesmo por força da unidade da Constituição, é fácil reconhecer-lhes uma ascendência axiológica sobre o texto constitucional em geral" (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 74). Cf., ainda: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 80-82; SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 123.

18 Como esclarece Alexy, a atividade de ponderação deve considerar o "peso abstrato" de cada princípio envolvido na colisão. Para o autor, os princípios presentes no sistema constitucional não possuem o mesmo "peso abstrato". Eles conformam um sistema de prioridades *prima facie*. A Constituição Federal de 1988, quando caracteriza a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político como fundamentos da República, atribui-lhes posição hierárquica privilegiada. Isso não significa que escapem à ponderação. Se assim o fosse, perderiam sua característica de princípios. Segundo Alexy, "pode se dizer, de maneira geral, que não é possível uma ordem de valores ou princípios que fixe a decisão fundamental em todos os casos de maneira intersubjetivamente obrigatória. Mas a impossibilidade de uma 'ordem dura' deste tipo não diz nada acerca da possibilidade de ordens mais 'brandas' e, assim, nada contra a concepção de ponderação. Ordens brandas podem surgir de duas maneiras: (1) através de preferências *prima facie* em favor de determinados valores ou princípios e (2) através de uma rede de decisões concretas de preferências" (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 156-7). O peso abstrato, no entanto, é apenas um dos critérios a serem levados em conta na ponderação. Além dele, deve se considerar, ainda, o "grau de interferência" nos princípios e a "confiabilidade das premissas empíricas". Cf. ALEXY, Robert. *On balancing and subsumption: a structural comparison*. *Ratio Juris*, v. 15, nº 4, dez., 2003.

O segundo fenômeno - o da *fundamentalização-releitura* -, da mesma forma que a *constitucionalização-releitura*, recebe maior espaço apenas no debate recente. Ele atua através da "eficácia irradiante" dos princípios constitucionais, norteando a interpretação de todo o restante da Constituição (e, como vimos, da totalidade da ordem jurídica).<sup>19</sup> Hoje, entende-se que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva tradicional, possuem também uma "dimensão objetiva";<sup>20</sup> integram não apenas o patrimônio jurídico de seus titulares imediatos, mas, ainda, o sistema de valores políticos que compõe a estrutura básica da democracia constitucional.<sup>21</sup> Por essa razão, devem se irradiar por todo o ordenamento. As disposições constitucionais concernentes a matérias como a administração, a tributária, a penal ou a civil devem ser interpretadas de acordo com as normas jusfundamentais. Assim como há a "interpretação conforme a constituição", há também a "interpretação conforme os direitos fundamentais", aplicável ao interior do sistema constitucional.<sup>22</sup>

Os dois processos de *fundamentalização* mantêm uma relação de implicação recíproca. Se determinado conteúdo foi incluído no sistema de direitos fundamentais, passa a ser invocado para se interpretar os demais preceitos que compõem a Constituição. Mas o conteúdo que estes últimos veiculam é eventualmente pressionado por uma força tendente à sua inclusão, pela via da afirmação de sua fundamentalidade material, no rol daqueles direitos.

Observe-se o exemplo do direito constitucional ambiental (art. 225 da Constituição da República). Por um lado, os preceitos constitucionais ambientais devem ser interpretados em conformidade com o princípio da dignidade huma-

19 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 368.

20 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157; SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003, pp. 297ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Apontamentos sobre a aplicabilidade das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares*. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 149-166; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Neoconstitucionalismo e valores jurídicos: uma proposta de substituição de paradigma* (Dissertação de Mestrado em Direito). Rio de Janeiro: UERJ, 2005, esp. capítulo 2.

21 A tese ganhou conseqüência na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. É especialmente citado o caso Lúth (BVerfGE 7, 198, I, 15.01.1958). Cf., para o resumo do caso, KOMMERS, Donald. *P The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 2ª ed. Durham e Londres: Duke University Press, 1997, pp. 361-369.

22 No interior do sistema de direitos fundamentais, Sarlet sustenta, ainda, a necessidade de se ceder a uma "interpretação conforme a dignidade humana". Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional brasileira*. In: LETTE, George Salomão (org.). *Os princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiologicais da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 199. Cf. também: SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pp. 85 ss.

na, deslegitimando-se interpretações fundadas em teorias ecocêntricas, que desconsiderem a centralidade do homem na justificação das políticas ambientais. Esse é um movimento de *fundamentação-releitura* do sistema constitucional ambiental pelo princípio da dignidade humana.<sup>23</sup> Há, também, uma justificável pressão discursiva pela *fundamentação-inclusão* do direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, através da afirmação de sua *fundamentalidade material*. Canotilho chega a caracterizar a estrutura básica da democracia constitucional como um "Estado constitucional de Direito democrático e social ambientalmente sustentado".<sup>24</sup> Progredindo a tendência de *fundamentação-inclusão* desse direito, ele certamente exercerá sua eficácia irradiante sobre o todo do sistema constitucional (*fundamentação-releitura*): *fundamentalizar-se*, incluindo-se, para *fundamentalizar*, relendo.

O presente estudo se debruça sobre a *abrangência* com que a livre iniciativa se insere no sistema jusfundamental, problematizando a saturação ideológica que caracteriza essa *fundamentação-inclusão*; em seguida, procura estabelecer critérios de racionalização de sua incidência sobre os demais preceitos que compõem a Constituição Econômica (*fundamentação-releitura*). Contudo, antes de examinar esse objeto, é necessária uma nota acerca das restrições que devem caracterizar a argumentação jurídica (sobretudo no exercício da jurisdição constitucional) em um contexto republicano, democrático e pluralista. É o tema que se passa a desenvolver.

## 2.2. Princípio republicano, razão pública e imparcialidade constitucional

Estabelecidos os sentidos de *constitucionalização* e *fundamentação*, nosso argumento se apóia nos conceitos de *imparcialidade* e *abrangência* constitucional.<sup>25</sup> Após apresentá-los, demonstrar-se-á a razão pela qual o constitu-

cionalismo deve se restringir à esfera da imparcialidade política em uma república democrática e pluralista.

A temática da *abrangência* e da *imparcialidade* é central na elaboração recente da teoria política de John Rawls. As sociedades democráticas contemporâneas são marcadas pela diversidade de doutrinas religiosas, filosóficas e morais "doutrinas abrangentes".<sup>26</sup> É o fato do pluralismo, resultado inevitável, a longo prazo, do exercício das faculdades da razão sob instituições livres e duradouras. São doutrinas abrangentes porque englobam diversos aspectos da existência humana e da organização social, pronunciando-se não só sobre questões políticas, mas também econômicas e, por vezes, até estéticas e comportamentais. Tais doutrinas, em muitos casos, divergem profundamente entre si: nosso contexto se caracteriza pelo desacordo moral. Quando razoáveis,<sup>27</sup> contudo, apóiam alguns elementos constitucionais essenciais e princípios básicos de justiça, que se articulam, frente a elas, numa relação de "imparcialidade".<sup>28</sup> Esses princípios e elementos essenciais movem-se estritamente dentro da categoria do político.<sup>29</sup> Por isso, tornam-se objeto de um consenso sobreposto, consenso político, jamais metafísico, dele excluídos aspectos particulares de cada doutrina abrangente.<sup>30</sup> Considere-se o seguinte comentário de Bobbio acerca da tradição liberal:

*O liberalismo é uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é Estado de Direito; a noção corrente para representar o segundo é Estado Mínimo. Embora o liberalismo conceba a Estado tanto como Estado de Direito quanto como Estado Mínimo, pode ocorrer um Estado de Direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contem-*

26 RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000, p. 45.

27 Há uma distinção entre o fato do pluralismo enquanto tal e o fato do pluralismo razoável. Quanto às visões não-razoáveis - pensemos no fascismo - Rawls é enfático: "A existência de doutrinas que negam uma ou mais liberdades democráticas é, por si, um fato permanente da vida, ou assim parece. Isso nos impõe a tarefa prática de contê-las - como se contém uma guerra ou uma doença - para que não subvertam a justiça política" (*Ibid.*, p. 108, nota de rodapé nº 19).

28 RAWLS, John. Reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, v. 42, nº 3, mar., 1995, p. 133. É possível utilizar, sem perda de sentido, a palavra "neutralidade", ao invés de "imparcialidade".

29 RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., p. 27. Sobre o tema, cf. FREEMAN, Samuel. Introduction: John Rawls - an overview. In: FREEMAN, Samuel (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 32ss.

30 Nas palavras de Rawls: "(...) O liberalismo político procura uma concepção política de justiça que, assim esperamos, possa conquistar o apoio de um consenso sobreposto que abarque as doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis da uma sociedade regulada por ela. A conquista desse apoio permitirá responder à nossa segunda questão fundamental: como os cidadãos, que continuam profundamente divididos em relação às doutrinas religiosas, filosóficas e morais, mantêm, apesar disso, uma sociedade democrática justa e estável? Para essa finalidade, em geral é desejável renunciar às visões filosóficas e morais abrangentes a que estamos habituados a usar para debater questões políticas fundamentais na vida pública. A razão pública - o debate dos cidadãos no espaço público sobre os fundamentos constitucionais e as questões básicas de justiça - agora é mais bem orientada por uma concepção política cujos princípios e valores todos os cidadãos possam endossar" (RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., pp. 52-53).

23 No mesmo sentido, as normas constitucionais ambientais devem ser interpretadas em conformidade com o princípio democrático, deslegitimando teorias ecológicas que descredenciam a democracia como arranjo institucional capaz de dar conta da preservação ambiental, como ocorrem com as teorias eco-autoritárias, as quais propugnam um governo de tecnocracias ecológica-mente comprometidas. Sobre o tema, cf. o excelente estudo de TELLES, Michelle Taveira. *Meio ambiente, justificação pública e democracia deliberativa: a legitimação democrática das decisões sobre o risco ambiental* (Dissertação de Mestrado em Direito), Rio de Janeiro: UERJ, 2006. Para além: ALEXANDRE, Agripa Paria. Os ecologistas sabem fazer política? *Ambiente e sociedade*, nº 8, jan./jun. 2001.

24 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999, p. 21; CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: SARLET, Iago Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

25 Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. O dilema constitucional contemporâneo entre o neoconstitucionalismo econômico e o constitucionalismo democrático. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; BARRETO LIMA, Martônio Mont'Alverne (Org.). *Diálogos constitucionais: direito, neo-liberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

porâneo) e pode-se também conceber um Estado Mínimo que não seja um Estado de Direito (tal como, a respeito da esfera econômica, o *Leviatã* hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto no mais pleno sentido da palavra e liberal em economia).<sup>31</sup>

O liberalismo, além de se pronunciar sobre política, prescreve um modelo global de organização da sociedade, concebendo, em especial, padrões de regulação econômica. É, portanto, uma doutrina abrangente, que enfrenta, em muitos aspectos, sérias críticas. Porém, na sua dimensão política, circunscrita à fórmula do Estado de Direito, foi capaz de fornecer as bases para o consenso constitucional. No passado, também essa dimensão enfrentava objeções – sobre elas se erigiram os Estados totalitários e autoritários do início do século XX. Hoje, a crítica ao Estado de Direito é residual. O arranjo é apoiado, inclusive, por doutrinas que se opõem a outras dimensões do projeto liberal. Isso decorre de uma importante característica: o Estado de Direito é um dos elementos centrais da configuração política que permite a cooperação social em um ambiente de pluralismo (o outro elemento é a democracia). Assim é que se pode afirmar que o Estado de Direito, em relação às diversas doutrinas abrangentes, está circunscrito à esfera da imparcialidade política, podendo ser objeto de adesão estável e generalizada.

Na interpretação do texto constitucional, as cortes devem se restringir a essa esfera. Seu compromisso é com a preservação do Estado Democrático de Direito. Seus membros só estão autorizados a fazer um "uso público da razão", recorrendo a argumentos que possam, ao menos tendencialmente, ser objeto de consenso. Os magistrados não podem invocar orientações axiológicas cultivadas no interior das doutrinas abrangentes a que se filiam.<sup>32</sup> Do contrário, o exercício da jurisdição constitucional implicaria substituir a moralidade que obteve adesão da maioria pela moralidade particular dos que compõem um órgão não-eletivo. Teria lugar um "uso privado da razão" para decidir questões públicas. Em uma

31 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 17.

32 Cf. RAWLS, John. A idéia de razão pública revista. In: RAWLS, John. *O Direito dos povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Também Habermas analisa o assunto. Só as razões motivadas pela pretensão de entendimento – as que levam em conta o ponto de vista do outro – superam o teste do debate público. Como resultado, excluem-se da argumentação "todos os conteúdos não passíveis de universalização, todas as orientações axiológicas concretas, entrelaçadas ao todo de uma forma particular de vida ou da história de uma vida individual". De acordo com seu princípio da universalização, "toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo, possam ser aceitos sem coação por todos os concernidos". Cf. HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, pp. 147-149. Da mesma forma que Rawls, Habermas quer explorar as potencialidades de um ponto de vista imparcial em relação às diversas orientações axiológicas. Aqui, também, o consenso se limita à esfera do político: é consenso sobre as "condições procedimentais" que permitem a interação democrática, a despeito da diversidade de valores e formas particulares de vida. Cf. NEVES, Marcelo. Do consenso ao dissenso: o estado democrático de direito a partir e além de Habermas. In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001, pp. 136 ss.

república democrática e pluralista, este é importante critério para a legitimação da atividade jurisdicional. Figure-se exemplo recente de seu uso.

Na conhecida ADPF nº 54, requer-se ao STF interpretação conforme a Constituição do tipo penal do aborto (art. 124 do Código Penal), declarando a inconstitucionalidade de sua aplicação ao caso do feto anencéfalo. Se a norma penal protege a vida humana, e o bem jurídico não está presente, não há razão para limitar a autonomia privada e a integridade física da gestante. Ao sustentar a tese, a autora alerta para a impropriedade de se atribuir, na esfera judicial, conteúdo ao bem "vida" de acordo com doutrinas religiosas particulares, considerando sua alegada "dimensão espiritual". De fato: em uma república democrática e pluralista, o Poder Judiciário não pode decidir com base em argumentos abrangentes: deve se restringir à esfera do político, legitimando-se pelo uso público da razão. É bastante elucidativa a seguinte passagem do memorial encaminhado à Corte pela demandante:

O tribunal constitucional deve ser o intérprete da razão pública, dela se valendo para justificar suas decisões. O uso da razão pública importa afastar dogmas religiosos ou ideológicos – cuja validade é aceita apenas pelo grupo dos seus seguidores – e utilizar argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto. O contrário seria privilegiar as opções de determinados segmentos sociais em detrimento das de outros, desconsiderando que o pluralismo é não apenas um fato social inegável, mas também um dos fundamentos expressos da República Federativa do Brasil, consagrado no art. 1º, inciso IV, da Constituição.<sup>33</sup>

Para além do princípio do pluralismo,<sup>34</sup> o dever de a Corte Constitucional fazer um uso público da razão decorre ainda do princípio republicano (artigo 1º da CRFB). A aplicação imediata do princípio é a vedação da apropriação particu-

33 BARROSO, Luís Roberto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54: demonstração de seu cabimento. Memorial da autora. In: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

34 Esse caráter pluralista da República, afirmado logo no art. 1º da Constituição Federal, manifesta-se em diversos outros dispositivos constitucionais. É o que ocorre, por exemplo, quando a Constituição garante a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV), a liberdade de consciência e de crença (5º, VI), a liberdade de associação (art. 5º), a liberdade sindical (art. 8º), a liberdade de criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos (art. 17), a representação proporcional na Câmara de Deputados (art. 45). Observe-se, contudo, que o pluralismo político não é ilimitado. A Constituição Federal cuida para que não se institucionalizem posições políticas tendentes à negação dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. É por isso que a livre criação de partidos políticos está condicionada à observância do regime democrático, do pluripartidarismo e dos direitos fundamentais (art. 17). Em alguns casos, essa exigência se torna ainda mais contundente. A Constituição proíbe "qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais" (art. 5º, XLII) e atribui à prática do racismo a condição de "crime inafiançável e imprescritível" (art. 5º, XLIII).

lar da coisa pública, mas não só: o princípio é fundamento, também, da imputação às autoridades judiciárias do *dever de imparcialidade*.<sup>35</sup> Os juízes devem se manter imparciais em relação aos jurisdicionados, decidindo os casos não a partir de suas convicções religiosas e filosóficas particulares, mas com apoio em razões publicamente sustentáveis num ambiente de pluralismo.<sup>36</sup> A questão não é nova. A imparcialidade deriva do próprio caráter secular da República moderna. Nessa configuração política, Igreja e Estado se separam; e se atribui a cada indivíduo o direito de professar seu credo com liberdade e segurança. O Estado tratará a todos com igual respeito, com o que estabelecerá as bases institucionais para que todos se reconheçam, apesar das divergências, como membros cooperativos de uma mesma comunidade política.

Todavia, o Estado não decide apenas sobre temas inseridos no campo da imparcialidade política. Deve organizar a vida econômica e estabelecer padrões mais específicos de convívio social. No espaço tendente ao consenso não estão todas as questões que demandam apreciação pública. Por isso, as maiorias eleitas democraticamente não estão impedidas de dar às leis o conteúdo de suas doutrinas particulares. O que está fechado ao dissenso é a estrutura básica do Estado Democrático de Direito. Grande parte das doutrinas que têm lugar no contexto atual são doutrinas razoáveis. Para nosso quadro teórico, isso significa que elas aceitam os princípios que conformam a democracia constitucional. No entanto, mesmo essas doutrinas, às vezes, sustentam teses que resultam em sua violação. Quando tais teses, recepcionadas pela maioria, são convertidas em nor-

mas legais, caberá ao Judiciário invalidá-las. Contudo, como não são eleitos, os magistrados devem se ater aos padrões republicanos de imparcialidade política, não ostentando a pretensão de substituir os valores aceitos pela maioria por seus próprios valores particulares.

É esse *esquema conceitual* que permitirá a detecção de interpretações constitucionais "fundamentalistas" da livre iniciativa. A ideia de concepções fundamentalistas dos direitos fundamentais se traduz pela tentativa de inserir, no campo do que está fechado ao dissenso político, doutrinas abrangentes particulares. São fundamentalistas por não tratarem as demais doutrinas como dignas de igual respeito, não lhes reconhecendo a possibilidade de atribuírem conteúdo às prescrições legais mesmo se apoiadas pelas deliberações majoritárias. Ao incorporarem pretensões abrangentes ao conteúdo da livre iniciativa, e, ato seguinte, procederem à *fundamentalização-releitura* de diversos dispositivos constitucionais relativos à intervenção do Estado na economia, essas interpretações cerceiam o espaço democrático e tornam *constitucionalmente necessário* o que é *politicamente contingente*.<sup>37</sup> Entre os extremos da abrangência liberal e social-dirigente,<sup>38</sup> a última vem deixando de ser base de "fundamentalismos" constitucionais. Se a metáfora do "retorno do pêndulo" for verdadeira, o Direito Econômico brasileiro caminha em direção ao extremo do liberalismo econômico-constitucional.<sup>39</sup>

A visão comum da abrangência liberal – é possível chamá-la, numa especificação terminológica que faz mais sentido para os Estados Unidos, de abrangência "libertária" ou "libertariana" – relaciona Estado de Direito e liberdade econômica.<sup>40</sup> As conseqüências são variadas, seja a invalidação de políticas redistribu-

35 O tema tem sido especialmente desenvolvido em relação à Administração Pública. Embora a Constituição da República, quando liste, no caput do art. 37, os princípios constitucionais da Administração Pública, não se refira à imparcialidade, mas à impessoalidade, no âmbito infraconstitucional a noção de imparcialidade está prevista na Lei 8.429/92, cujo art. 11 determina: "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições (...)". No constitucionalismo estrangeiro, o termo "imparcialidade", ao invés de impessoalidade, é utilizado, dentre outras, pela Constituição Portuguesa, cujo art. 266, 2 possui a seguinte redação: "Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé". O termo aparece, ainda, na Constituição Italiana (art. 97): "As administrações públicas são organizadas segundo as disposições legais, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração". Cf., por todos: AVILA, Ana Paula Oliveira. *O princípio da impessoalidade da Administração Pública: para uma Administração imparcial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 107 ss.

36 A realização ideal desse dever não é possível. Sabe-se, de longa data, que preconceitos e visões particulares de mundo exercem influência decisiva no processo de tomada de decisões. Daí não resulta que a imparcialidade não possa ser sustentada como *idéia regulativa* e como *dever constitucional*, e que não possa se realizar de modo aproximado, dadas determinadas condições institucionais. O controle de seu cumprimento não ocorrerá apenas através do autocontrole metodológico do magistrado, mas, sobretudo, pela troca de argumentos e contra-argumentos. A solução está na intersubjetividade do processo comunicativo. Não é por outra razão que o magistrado tem o dever de *justificar publicamente suas decisões*: "Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade" (art. 93, IX, CRFB).

37 Como um de nós já teve ocasião de registrar, "Constituição não é programa político". E não é porque isso significaria incorporar, ao plano de uma pretensão de consenso, visões de mundo necessariamente excludentes das demais. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII, 2000, pp. 205-236.

38 Para uma crítica ao constitucionalismo social-dirigente a partir dos mesmos pressupostos teóricos, cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 258 ss.

39 Para a metáfora, cf. TÁCITO, Celso. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 202, out.-dez. 1995, pp. 1-10. É nesse sentido que já se menciona o advento de uma "constituição dirigente invertida": a blindagem da Constituição financeira e a agonia da Constituição econômica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. XLIX, 2006. No contexto internacional, o advento desse novo constitucionalismo econômico é examinado por JAYASURIYA, Kanishka. Globalization, sovereignty, and the rule of law: from political to economic constitutionalism? *Constellations*, v. 8, n. 4, dez. 2001.

40 Referência obrigatória do constitucionalismo liberal-abrangente é Hayek. O extremismo de algumas de suas posições torna-o uma adequada *fórmula-tipo*. Em duas obras – *O Caminho da Servidão* e *A Constituição da Liberdade* –, propõe uma vinculação ontológica entre o liberalismo econômico e a fórmula do Estado de Direito. Sob o Estado de Direito, o Governo limita-se a fixar regras quanto ao uso dos recursos sociais, deixando aos indivíduos a decisão sobre para quais finalidades serão utilizados. Regras formais, não-indicativas de qualquer fim, que devem ser projetadas para durar por longos períodos, indicando aos indivíduos, de forma geral, sem referência a tempo, lugar ou grupo, qual o curso de ação do Estado em determinadas situações. É por essas razões que o Estado de Direito é incompatível com o *planejamento econômico*, o controle de pre-



butivas, a obstrução da constituição de monopólios públicos ou a vedação de qualquer forma de controle de preços. Numa postura propositiva, é possível reconduzi-la a vindicações de independência dos Bancos Centrais – sempre associadas à fórmula do Estado de Direito<sup>41</sup> – ou a versões extremadas de discursos a favor da independência das entidades reguladoras. Voltando atenção para a dogmática de Direito Econômico, é possível encontrar construções doutrinárias que, patrocinadas em nosso contexto recente, propõem limitações abrangentes da liberdade de conformação do legislador ordinário.

Os próximos três itens desenvolvem o ponto.

### 3. O constitucionalismo liberal-abrangente e a interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa

#### 3.1. Imparcialidade e abrangência na interpretação dos monopólios públicos

O tema dos monopólios públicos é exemplo de saturação ideológica na interpretação da Constituição Econômica. Ao tempo em que se discutia a participação de empresas privadas brasileiras na construção de gasodutos e no transporte de gás entre a Bolívia e o Brasil, antes da Emenda à Constituição nº 9, que resolveu a questão, diversos juristas foram consultados sobre a possibilidade. A opinião de Nelson Eizirik é exemplar.<sup>42</sup> Começa afirmando que, apesar das discussões sobre o caráter social ou liberal da Constituição de 1988, “não houve modificações de maior relevância, capazes de operar uma transformação no modelo econômico vigente”.<sup>43</sup> Depois, intensifica as conexões axiológicas entre dispo-

cos e a redistribuição de renda. Cf.: HAYEK, Friedrich A. *The Constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2002; HAYEK, Friedrich A. *The road to serfdom*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995. Em outra obra – *Direito, legislação e liberdade* – reabilita a metafísica jusnaturalista para criticar políticas distributivas de justiça social. Para ele, o mercado é regido por leis naturais; o Estado não pode intervir nos resultados. Enquanto a sociedade permanecer uma ordem espontânea, os resultados particulares do processo social não podem ser considerados justos ou injustos. O papel do Estado se limitaria a garantir a segurança desses resultados espontaneamente obtidos. Cf. HAYEK, Friedrich. *Direito, legislação e liberdade*. São Paulo: Ed. Visão/UNB, 1985. Em termos ainda mais radicais que os de Hayek, o americano Robert Nozick considera que a redistribuição implica a “violação de direitos das pessoas.” A tributação da renda para efeitos redistributivos assemelhar-se-ia ao “trabalho forçado”. Cf.: NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991, pp. 188, 191-192.

41 Sobre a derivação da independência de órgãos destinados à gestão da política monetária da noção de *rule of law*, cf. SEJERSTED, Francis. *Democracy and rule of law: some historical experiences of contradictions in the striving for good government*. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (eds.). *Constitutionalism and democracy: studies in rationality and social change*. Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 141 ss.

42 EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 194, 1993. Cf., para a íntegra: EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal do gás – Participação de empresas privadas na sua execução. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 10, 1995.

43 EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica, *cit.*, p. 64.

sitivos constitucionais que consagram a livre iniciativa. Mas a proposição liberal-abrangente vem a seguir:

*A intervenção estatal na economia, portanto, quando não estiver a serviço do valor liberdade, é excepcional, necessariamente decorrente de dispositivos constitucionais expressos, os quais devem ser objeto de interpretação restritiva, descabendo qualquer aplicação de métodos hermenêuticos analógicos ou que possam importar ampliação da atuação estatal no domínio econômico.*<sup>44</sup>

O parâmetro “interpretação restritiva”<sup>45</sup> não ultrapassa o teste republicano, quando menos porque seria possível intensificar axiologicamente outros dispositivos constitucionais – por exemplo, os que falam sobre o valor social do trabalho, a redução das desigualdades regionais ou a soberania nacional –, construindo-se pauta de legitimidade da intervenção estatal diametralmente oposta. Com os termos amplos da Constituição, é possível afirmar que a livre iniciativa está funcionalizada aos objetivos constitucionais de sabor “social”. Como proposição abrangente – de índole social ou liberal –, é viável a extração de uma pluralidade de sentidos do texto constitucional; mas nenhum configura a doutrina jurídica que explicará nossa Constituição. Compreendê-la em termos republicanos, democráticos e plurais significa abri-la a todas as proposições políticas que não contrariem a estrutura básica da democracia constitucional.

É de fato frequente a afirmação de que qualquer forma de intervenção do Estado na atividade privada – seja regulação, intervenção direta, concorrencial ou monopolística – se expressa em termos constitucionais exaustivos, não admitindo interpretação extensiva, já que se estaria diante de “exceção à livre iniciativa”.<sup>46</sup> A frase deve ser interpretada com cuidado. As ditas “exceções” à livre

44 *Ibid.*, p. 66.

45 Karl Engisch identifica quatro possíveis sentidos em que se pode falar de “interpretação restritiva”. (i) Pode-se falar de interpretação “restrita” no sentido de “imediate”, “rigorosa”, contrapondo-se a interpretação “afastada”. (ii) Também, interpretação “restrita” pode significar a relação entre o sentido de determinado preceito e seu domínio de aplicação: a interpretação restritiva é aquela que refere o preceito a um círculo menor de casos do que a interpretação extensiva. (iii) Ainda, a interpretação restritiva pode se vincular a um conceito material: é nesse sentido que se fala em *in dubio pro libertate* – nesse sentido, a interpretação “restritiva” equivale ao entendimento de que as leis penais são interpretadas de forma a limitar, tanto quanto possível, o poder punitivo. (iv) Por fim, pode-se falar em interpretação “restritiva” ou “extensiva” vinculando os conceitos às idéias de vontade do legislador e vontade da lei. Assim, é “restritiva” ou “extensiva” a interpretação tanto quanto sejam os processos necessários para adequar o sentido da disposição à vontade de um ou outro. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 188-197.

46 EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica, *cit.*, p. 68. Ainda: FERREZ, Sérgio. Intervenção do estado no domínio econômico geral: anotações. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo contemporâneo: estudos em memória do professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, esp. item 7: “A ênfase repetitiva, aqui abraçada, tem por justificativa a curiosa ocorrência, em lições e julgados, de considerável omissão

iniciativa talvez não signifiquem exceções em sentido lógico puro, mas, simplesmente, partes do sistema. Não discreparia do texto constitucional a conclusão de que, na verdade, o constituinte quis determinar o dever de o Estado atuar nas hipóteses que prevê expressamente, limitando a liberdade de conformação do legislador ordinário quanto à decisão de não fazê-lo. Além disso, parece forçado querer invalidar uma atividade interventiva do Estado, expressa através de lei formal ou de emenda à Constituição, à conta de regra exegética.<sup>47</sup> Regras de interpretação jurídica existem para auxiliar o intérprete no trabalho de reconstrução normativa. Não podem funcionar como instrumentos de captura doutrinária da vontade constitucional.<sup>48</sup>

Nos termos aqui propostos, o que está *constitucionalizado e fundamentado* não é um conteúdo *máximo* do princípio – não há nenhuma “hiperconstitucionalização” da livre iniciativa –, tampouco se preserva um *mínimo* insignificante. O que a Constituição garante é a livre iniciativa como fórmula genérica, mas seus espaços de construção de abrangência são necessariamente polêmicos, e, portanto, políticos. Calixto Salomão Filho possui inteira razão:

*A competência normativa e reguladora atribuída pelo Constituinte ao Estado é ampla o suficiente para incluir intervenções bastante brandas ou*

*na aplicação do viés restritivo quando se cuida de regulação ou de fiscalização, como se a interpretação, angusta só se desse no terreno da produção econômica.”; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A ordem econômica na Constituição de 1988. Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 42, 1990, esp. p. 62: “(os institutos de intervenção regulatória) são os mais abundantes, em número de vinte e oito, dispostos taxativamente, como exceções aos princípios gerais acima referidos, e, por isso, não admitem interpretação extensiva ou analógica.”; PEDREIRA, Carlos Eduardo Bulhões. Monopólio – Gás. Revista Trimestral de Direito Público, vol. 10, 1995, esp. pp. 138-139.*

47 A regra de interpretação restritiva das exceções é geralmente reconduzida, na doutrina brasileira, à obra de MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 227: “As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente”.

48 A questão sobre a correta interpretação “restritiva” das “exceções” é polêmica. Friedrich Müller, por exemplo, crítica a regra interpretativa – que ele considera “pseudo-normativa” – por duas razões: a primeira é que se trata de um raciocínio circular, já que olha para o caso concreto, reputa-o como “exceção”, e, só então, “interpreta-o restritivamente”; além disso, porque seu único propósito é “deixar de levar em conta os dados normativos”. Cf. MÜLLER, Friedrich. *Discours de la méthode juridique*. Paris: PUF, 1996, p. 274. Karl Larenz também não vê o tema com a facilidade com a qual a doutrina brasileira faz uso do mote. Num primeiro momento, afirma que, em termos gerais, a afirmação de que as “disposições excepcionais não se interpretam de modo estrito e que não são suscetíveis de aplicação analógica” simplesmente não é correto. O problema já está em saber quando é que se trata de uma “disposição excepcional”. As formulações das proposições jurídicas na lei ou na Constituição de modo algum decidem, desde logo, a este respeito. Nos raros casos em que a tal regra interpretativa tem seu valor, este é “limitado”, não significando que a disposição excepcional deva ser interpretada “tão estritamente quanto possível”, ou que a analogia esteja excluída em todos os casos. O que importa é, na verdade, saber a razão pela qual o legislador excepcionou as hipóteses. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, pp. 502-503.

*bem extremadas na ordem econômica. Essa incerteza não desaparece uma vez analisados os princípios gerais estabelecidos no art. 170. De sua dicção não é possível definir com exatidão a extensão nem os limites do intervencionismo. A exata medida em que princípios como ‘livre iniciativa’ e ‘justiça social’ bem como ‘propriedade privada’ e ‘função social da propriedade’ devem conviver é deixada ao trabalho interpretativo do aplicador do Direito. Assim é que a vinculação do princípio da livre iniciativa ao da justiça social tem sido, por exemplo, usada em muitos casos para permitir o controle de preços em áreas sensíveis, como ocorrido com as mensalidades escolares (...).”<sup>49</sup>*

Questão igualmente polêmica é a do *veículo formal* para a criação dos monopólios públicos. A Constituição de 1967, com a redação da Emenda Constitucional de 1969, fazia referência à criação por “lei federal”.<sup>50</sup> A Constituição da República de 1988 deixou de fazer qualquer menção à criação de monopólios, mas indicou, no art. 177, três atividades monopolizadas: petróleo, gás, energia nuclear. A doutrina de Direito Econômico, com exceção de Eros Grau,<sup>51</sup> entende que, agora, só por emenda à Constituição será possível a criação de monopólios.<sup>52</sup> Ou seja: tratou de enxergar um “silêncio eloquente”<sup>53</sup> no novo texto constitucional. A Constituição não falou da possibilidade de criação de monopólios porque “evidentemente” seu regime jurídico “é excepcional” ao da livre iniciativa; sendo assim, criação de monopólios públicos, só por emenda.

A conclusão não é baseada em argumentos imparciais. Da mesma forma que a afirmação da “interpretação restritiva” para toda e qualquer restrição à

49 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

50 Art. 163: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”. V. ainda, art. 146 da Constituição de 1946: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”.

51 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285. Eros Grau entende que a ausência de referência a “lei federal” significa que mesmo os Estados, no exercício da competência do art. 24, I da CRFB, poderão instituir monopólios. Em outras palavras, enquanto a maioria da doutrina entende que a ausência de referência significa que agora só por emenda à Constituição Federal é possível a criação de monopólio, o professor paulista centra foco na palavra “federal”. Em estudo recente, a inexistência de emenda é sustentada também por COSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *O serviço postal brasileiro*. Curitiba: J M Editora, 2006, pp. 62 ss.

52 Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Monopólio público e domínio público. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 149; EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal da atividade econômica, cit., p. 63; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem Econômica e desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989, pp. 69 ss.

53 Sobre o conceito de “silêncio eloquente”, cf. LARENZ, Karl, op. cit., p. 525. Veja-se, também, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade – aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 318-9. Na Jurisprudência, STF, RE 130.555-SE, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 139/965.

livre iniciativa é dogmaticamente mistificadora – inventa uma platitude para vender uma proposição politicamente polêmica –, a sugestão de “silêncio eloquente” para a vedação de criação de monopólios por lei ordinária não encontra fundamento numa teoria democraticamente neutra, que leve a sério os diversos projetos dos membros da comunidade política. A “intenção constitucional” não é unívoca.<sup>54</sup> Sendo assim, há uma preferência em favor dos instrumentos legislativos que viabilizam maior *democraticidade*. Se a abrangência liberal exige emenda à Constituição para a criação de monopólios públicos, e extrema contenção em sua interpretação, é possível imaginar uma abrangência social-dirigente que buscasse extrair alguma “exigência de monopolização” para determinados setores, sob o argumento de que são estratégicos, ou que pretendesse encaixar as atividades do art. 177 da CRFB dentro de “cláusulas pétreas”. Nenhuma dessas propostas escapa à crítica. São visões particulares; devem disputar, na arena política, a adesão das maiorias. Vamos a um exemplo.

A privatização da telefonia no Brasil deu-se com permissão de total participação de capital estrangeiro (cf. Livro IV da Lei Federal nº 9.472/92). A Embratel foi privatizada; seu controle acionário, adquirido, em 1998, pela empresa americana MCI. A Embratel sempre operou o sistema de satélites *Brasilsat*, elemento nuclear das telecomunicações brasileiras e, dentre outras atribuições, responsável pela transmissão das comunicações militares. Com a privatização, o controle das comunicações militares, antes feito, do Brasil, através de satélites pertencentes a estatal brasileira, passou a ser realizado, dos EUA, por empresa privada americana. O tema concerne à *soberania nacional*: controle de comunicações militares. Provavelmente muitos sustentariam, aqui, alguma exigência de monopolização. A *soberania* está situada nos mesmos espaços constitucionais que a livre iniciativa: também é princípio constitucional fundamental (art. 1º, I, CRFB) e princípio constitucional da ordem econômica (art. 170, I, CRFB). A tese de que a privatização da telefonia, no Brasil, foi inconstitucional quanto a esse aspecto certamente seria sustentável se fosse adotada, para a interpretação do princípio da soberania, a mesma interpretação expansiva com que parte da doutrina brasileira interpreta o princípio da livre iniciativa.

Uma teoria constitucional republicana, democrática e pluralista só se pronunciará sobre o assunto para inferir a legitimidade da decisão do legislador ordinário em um ou em outro sentido. Por um lado, sustentar, nos termos acima, a exigência de monopolização, é um excesso, pelo fato de o tema estar afastado da esfera de atuação legítima da jurisdição constitucional. A decisão, ao invés de garantir a autonomia pública (o que se dá com a preservação do Estado Democrático de Direito), seria autoritária. Por outro lado, afirmar que o controle

do núcleo do sistema brasileiro de comunicações não pode ser convertido em monopólio público pela via legislativa ordinária é *capturar* a Constituição em termos não jusfundamentalistas, mas fundamentalistas. O princípio da livre iniciativa não serve para isso. Fato é que não possui nada que o torne materialmente superior aos outros princípios da Ordem Econômica e aos princípios constitucionais fundamentais; cabe ao legislador ponderá-los.

Ainda uma palavra sobre o ponto.

O principal argumento utilizado por quem defende a exigência de emenda à Constituição para a criação de monopólios públicos é, de parte o *topos* argumentativo da “interpretação restritiva das exceções”, a própria gravidade da intervenção na livre iniciativa. Só que o Estado já pode intervir, *por lei ordinária*, de forma extremamente intensa: pensemos na Lei Federal nº 10.826 – o Estatuto do Desarmamento –, que previa, em seu artigo 35, a proibição de comercialização, em todo o território nacional, de armas de fogo e de munição.<sup>55</sup> De um lado, restrição intensa à liberdade do consumidor e à livre iniciativa; de outro, a consecução de finalidade pública. E não se falou em emenda à Constituição. Suponhamos, agora, que o Estatuto do Desarmamento tivesse instituído não a proibição, mas o monopólio sobre a comercialização de munição. Declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, fosse sob o argumento da violação da livre iniciativa, fosse com base na tese da inadequação do veículo formal, representaria grave interferência na esfera de deliberação das maiorias parlamentares, incapaz de superar o teste republicano da imparcialidade política. A proibição de comercialização é menos grave do que a instituição de monopólio público: se, num caso, o *próprio bem* desaparece do mercado, no outro, o que desaparece é a competição. Se o legislador, respeitado o princípio da proporcionalidade, pode proscrever o comércio do produto, pode também deferi-lo proporcionalmente apenas ao Estado.<sup>56</sup>

### 3.2. Imparcialidade e abrangência constitucional na formulação de um conceito material de serviço público

A busca por um conteúdo material da noção de serviço público é outra arena na qual constitucionalismos abrangentes de diversos matizes vêm se enfrentando. A questão está em definir os limites constitucionais à qualificação de determinada atividade econômica como serviço público, o que repercutirá no regime

54 TÁCITO, Caio. Gás – Monopólio – Concessão. *Revista Trimestral de Direito Público*, vol. 7, 1994, pp. 51-57, esp. p. 52: “A vigente Constituição inclina-se, em suma, para o paralelismo de princípios que se devem coordenar em exegese construtiva, integrando a livre iniciativa com a valorização do trabalho, as noções do planejamento estatal e da liberdade de mercado, visando ao equilíbrio harmônico entre liberdade de empresa e a regulamentação da atividade econômica.”

55 Como se sabe, a validade da norma estava condicionada a referendo popular, realizado em outubro de 2005.

56 O fato de se afirmar que a instituição de monopólios pode ser feita através de lei ordinária não significa desconsiderar que o controle jurisdicional incidente sobre esse veículo deve ser mais rigoroso que o incidente sobre as emendas constitucionais. Na verdade, é possível estabelecer uma escala progressiva de intensidade do controle jurisdicional considerando a legitimidade do órgão que proferiu a decisão impugnada. Sobre esse tipo de parametrização, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 235-238.

jurídico aplicável – se majoritariamente de Direito Público ou de Direito Privado.<sup>57</sup> A Constituição da República, em seu artigo 175, determina que os *serviços públicos* devem ser estabelecidos por lei e prestados pelo Estado, direta ou indiretamente. A atividade será submetida, predominantemente, ao regime de Direito Público, não sendo, em regra, impositiva a concorrência.<sup>58</sup> Já no seu artigo 173 a Constituição estabelece que o Estado pode exercer *atividade econômica em sentido estrito*, respondendo a “imperativos de segurança nacional” ou a “relevante interesse coletivo”. Se determinada atividade se caracterizar como atividade econômica em sentido estrito, submeter-se-á “ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (CRFB, art. 173, § 1º, II). A concorrência em igualdade de condições com as empresas privadas é obrigatória.<sup>59</sup> A qualificação de determinada atividade como *serviço público* ou como *atividade econômica em sentido estrito* possui, portanto, grande relevância prática, definindo se a atuação da iniciativa privada está garantida já no plano constitucional.

No estabelecimento do conceito de serviço público, existem alguns consensos doutrinários, na maior parte dos casos extraídos de indicações constitucionais expressas.<sup>60</sup> Sem referência a autores, é possível afirmar que determinada atividade

de econômica (em sentido amplo) será serviço público quando (I) consistir numa prestação positiva, com o que se excluem atividades públicas meramente restritivas de direitos (estas atividades costumam ser classificadas como insitas ao “exercício do poder de polícia”<sup>61</sup>); (II) sua fruição possa ser, ao menos tendencialmente, aberta ao público em geral; (III) sua titularidade seja pública, ainda que seu exercício venha a ser delegado a particulares; (IV) haja submissão, parcial ou, raramente, total, a regime de Direito Público, com a incidência de obrigações legais específicas – os “princípios” do serviço público: dever de continuidade da prestação, dever de modicidade das tarifas etc. Como se vê, não há, nesse conjunto, nenhum elemento que se refira a um âmbito próprio de atuação do Estado como prestador de serviços. Em vista da variedade de setores em que o Estado, ao longo do tempo, passou a atuar, grande parte da doutrina acabou entendendo que não era possível formular um conceito material de serviço público. Preferiu fazê-lo em termos formais: serviço público é aquilo que o Estado define como tal.<sup>62</sup>

Nos últimos anos, no entanto, volta-se a tentar definir materialmente o conceito (ou a “noção”<sup>63</sup>), vinculando-o a alguma idéia de “essencialidade”,<sup>64</sup> “coesão social”,<sup>65</sup> ou aos direitos fundamentais. Para que determinada atividade seja caracterizada como serviço público é necessário que ela incida

57 Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre “serviço público” e “atividade econômica”. *Revista de Direito do Estado*, nº 1, jan./mar. 2006.

58 Por outro lado, não há nada de inconstitucional na admissão da concorrência entre entidades prestadoras, com a formação de um *parmercado*. Cf. ARAGÃO, Alexandre. Serviços públicos e concorrência. *Revista de Direito Público da Economia*, vol. 1, nº 2, abr./jun. 2003. Em termos práticos, nenhuma prestadora vai aceitar ingressar num mercado submetido a um regime jurídico especial sem garantias contratuais ou sem perspectiva de lucro. A Constituição da República, sob uma ótica não-fundamentalista de interpretação do princípio da livre iniciativa, não impõe ou veda nenhuma dessas composições híbridas; a questão deve ser decidida por deliberação legislativa. O que a Constituição impõe, para certas atividades, é a titularidade pública e a incidência dos deveres especiais de prestação. No particular, concorda-se com Paulo Modesto quanto à impropriedade de se falar num “serviço público prestado sob regime integralmente privado”: nestes casos, a despeito das previsões legais, trata-se de atividades privadas submetidas a autorizações modais, vale dizer, autorizações condicionadas ao atendimento de determinadas obrigações de natureza pública. Cf. MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas; demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. *Revista Brasileira de Direito Público*, nº 10, jul.-set. 2005, p. 24.

59 De acordo com o STF, “O artigo 173, par. 1º, (...) visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem a atividade econômica na mesma área ou em área semelhante” (STF, RE nº 172.816, Rel. Min. Paulo Grossard, DJ 09.02.94). O próprio § 2º do art. 173 determina que “as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. Como enfatiza um comentarista refratário à intervenção estatal, “garantiu, assim, o legislador constitucional, zelando pelo primado da livre concorrência, que a ineficiência do Estado empresário não se mascare por trás de privilégios que, em última análise, oneram triplamente o público, como consumidor, como usuário e como contribuinte” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 469).

60 Cf. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

61 Não se ignora a crítica à expressão “poder de polícia”. Por todos, cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003. O tema, contudo, não será enfrentado neste momento, optando-se pela terminologia tradicional.

62 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 171: “O único critério válido para reconhecer a existência de serviço público consiste em perquirir a vontade legislativa”. Cf. ainda: BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico. Sociedade de economia mista. Abuso de poder econômico. *Revista de Direito Administrativo*, nº 212, 1998, p. 303; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 295; REALE, Miguel. *Temas de Direito positivo*. São Paulo: RT, 1992, p. 136.

63 A palavra “noção”, extraída de Sartre, surgiu como proposta de *debilitação teórica* de pretensões conceituais fortes. Cf.: GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 246-267, esp. pp. 264-267.

64 Recorrendo à idéia de “essencialidade”, cf. MUKAI, Toshio. *O direito administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 190: “Materialmente, serviço público não pode ser senão aquilo que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas. Portanto, é ele anterior ao Estado mesmo, porque o direito não é exclusivamente criação legal”. Nada obstante o critério venha sendo retomado recentemente, a vinculação da noção de serviço público à de essencialidade tem longa trajetória no Brasil. Cf.: LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. Porto Alegre: Edição da Livraria do Globo, 1939, p. 69: “Serviço público, - podemos dizer -, é todo serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado.” Agradecemos à Biblioteca da UERJ pelo acesso à coleção Caio Tácito.

65 GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público, *cit.*, p. 267. Ainda, ARAGÃO, Alexandre Santos de. A dimensão e o papel dos serviços públicos no Estado contemporâneo. (Tese de Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 2005, p. 357: “O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público foi e é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade de seus cidadãos.”

sobre esse âmbito material, caracterizado pela *fundamentalidade*. É o conceito proposto por Marçal Justen Filho. Os termos peremptórios de sua definição de serviço público – “atividade vinculada diretamente a direito fundamental” – não deixam dúvida:

*Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público. A advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviço público e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido estrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime de direito privado.<sup>66</sup>*

O conceito material exibe duas dimensões: uma *positiva* – a prestação do serviço, já que necessária à garantia dos direitos fundamentais, é obrigatória – e outra *negativa* – o Estado não pode atuar a esse título se a atividade não se vincula diretamente aos direitos fundamentais. Vista na sua dimensão positiva, a formulação de um *conceito material* se justifica sob o prisma da teoria constitucional democrática: os direitos fundamentais são condições da democracia, razão pela qual sua prestação é obrigatória, não podendo ficar aberta à decisão das maiorias. A não-prestação de um serviço público necessário à concretização de um direito fundamental é anti-democrática, ainda que apoiada pelos representantes eleitos pelo povo. Trata-se de *fundamentalização-releitura* do conceito de serviço público fundada não só na dignidade humana, mas também no princípio democrático. O exemplo mais evidente, extraído do próprio texto constitucional (art. 208, I, §§ 2º e 3º), é a prestação de educação fundamental pública e gratuita. Ela deve ser oferecida pelo Estado, pois é condição para que o cidadão realize seus projetos de vida e participe, com igualdade de capacidades, do processo político.<sup>67</sup> Se o Estado não a oferece, mesmo que por decisão de representantes eleitos, o Judiciário deve intervir, como vem regularmente fazendo.

O problema do conceito material de serviço público não está na sua dimensão *positiva*, mas em sua dimensão *negativa*, que consiste em proibir que o Estado atue, sob o pretexto de estabelecer serviço público, em setores outros que não aqueles vinculados materialmente à proteção dos direitos fundamentais e à promoção da dignidade humana. Como o conceito não é definido no texto constitucional, não se justifica, sob o prisma democrático, limitar a possibilidade de o legislador determinar em que áreas o Estado deve atuar como prestador de serviços públicos. Pelo menos, não é legítimo fazê-lo com fundamento em construções dogmáticas ideologicamente engajadas, como se a vontade da doutrina

pudesse prevalecer sobre a vontade do legislador. Se a gradação da intervenção do Estado na economia não está fixada precisamente desde a Constituição, grande parte dos argumentos que sustentam a inconstitucionalidade da qualificação legal de determinada atividade como serviço público pressupõe uma interpretação fundamentalista da livre iniciativa privada. Não se trata de permitir que o legislador subverta o esquema geral de produção econômico-capitalista desenhado pela Constituição – o que, claro, estaria vedado: a questão é, antes disso, não desvirtuá-lo até a pretensa fixação constitucional de um modelo capitalista de intervenção regulatória.

Retornemos ao exemplo do direito à educação. Não há dúvida de que a educação básica é direito fundamental. Mesmo os que negam fundamentalidade material aos direitos sociais atribuem-na ao direito à educação básica, lançando mão da construção do mínimo existencial. Pela própria dicção constitucional (art. 208, I e § 1º), o oferecimento do serviço pelo Estado é obrigatório. O tema da fundamentalidade do ensino médio é mais controverso, e não será discutido neste momento. Consideremos, agora, o caso do ensino superior. Raramente alguém o insere na esfera da fundamentalidade material. Não há, aqui, pretensões de *fundamentalização-inclusão*. Daí se poderia concluir pela identificação dessa atividade com a esfera da *atividade econômica em sentido estrito*? No contexto brasileiro atual, a tese dificilmente receberia adesão majoritária. Contudo, foi sustentada, de forma peremptória, no âmbito da OMC. Em sua IV Reunião Ministerial, realizada em novembro de 2001, em Doha, países como os EUA, a Austrália e a Nova Zelândia propuseram que se incluísse a educação superior na lista de serviços regulados pelo GATS (*General Agreement on Trade in Services*), do que resultaria considerável redução da possibilidade de atuação dos Estados.

A tentativa foi mal sucedida. A Declaração extraída da reunião de Doha de 2001 previa que os países afiliados deveriam a ela aderir até 31 de março de 2003, o que não ocorreu. O episódio gerou reações em diversas partes do mundo. No contexto ibero-americano, por exemplo, foi realizada, em abril de 2002, em Porto Alegre, a IIIª Cumbre Ibero-americana de Reitores de Universidades Públicas, da qual resultou a Carta de Porto Alegre.<sup>68</sup> Nesse documento, os reitores manifestaram “sua profunda preocupação frente às políticas implementadas pela Organização Mundial do Comércio (OMC), que favorecem a comercialização internacional dos serviços de educação, assemelhando-os a simples mercadorias”. Além disso, reafirmavam “os compromissos assumidos pelos governos e pela comunidade acadêmica internacional (...) que consideram a educação superior como um bem público”. A idéia de que a educação superior é um “bem público” foi finalmente assumida pelo Governo brasileiro, que, no Projeto de Lei de Reforma do Ensino Superior, recentemente encaminhado ao Congresso Nacional (29 de julho de 2005), fez constar que “a educação superior é bem público” e “cumpre sua função social por meio das atividades de ensino, pesquisa e extensão” (art. 3º).

66 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 480.

67 Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Educação, Constituição, democracia e recursos públicos. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003.

68 III Cumbre Ibero-americana de Reitores de Universidades Públicas. Carta de Porto Alegre. *Revista Brasileira de Educação*, nº 21, set./out./nov./dez. 2002, pp. 157-158.

Querer sustentar que a educação superior não pode ser caracterizada como serviço público, mas como atividade econômica em sentido estrito – sob o argumento de que não serve diretamente à promoção da dignidade humana, de que não é direito fundamental, ou de que não é essencial –, e, com isso, buscar limitar a atuação pública – suscitando, por exemplo, o critério da interpretação restritiva das exceções constitucionais –, corresponderia a reduzir excessivamente o poder de decisão das majorias. Mal semelhante acometeria propostas inversas, no sentido de afirmar que o caráter público da universidade é cláusula pétrea no Direito Constitucional brasileiro. A tese ora sustentada é a de que, na definição do que é serviço público, deve-se atribuir ao legislador ampla margem de conformação. Como reconhecem mesmo os defensores de um conceito formal, o legislador ordinário deverá respeitar a livre iniciativa, valendo, aqui, “o sentido comum da expressão, isto é, o prevalente ao lume dos padrões de cultura de uma época, das convicções predominantes na Sociedade”.<sup>69</sup> Mas fazer prevalecer, sobre a vontade do legislador, doutrinas abrangentes particulares, é, no limite, fraudar a Constituição democrática. Ainda outro exemplo esclarecerá o ponto.

Na ADPF nº 46, pede-se que o STF declare a não-recepção, pela Constituição de 1988, da Lei nº 6.538/78, que estabelece o monopólio da União sobre os serviços postais.<sup>70</sup> O principal argumento que sustenta o pedido é o de que a competência constitucional atribuída à União para “manter o serviço postal” (art. 21, X) não exclui a possibilidade de o serviço ser prestado, também, pela iniciativa privada. A tese obteve adesão do Ministro Relator, que, em seu voto, teceu inúmeras considerações que representam a “abrangência constitucional” que caracteriza a proposta de dupla fundamentação da livre iniciativa atualmente ensaiada no Brasil:

*A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e risco próprios, bem como o direito de fazer cessar tal atividade. Os agentes econômi-*

*cos devem ser livres para produzir e para colocar os produtos no mercado, o que também implica o respeito ao princípio da livre concorrência. Eis uma garantia inerente ao Estado Democrático de Direito.<sup>71</sup>*

*Acontece que esse paradigma de Estado interventor, parâmetro para as Constituições brasileiras, de 1934 até o texto primitivo da Constituição de 1988, vem sendo alvo de duras e acertadas críticas, porquanto a experiência demonstrou a existência de um Estado ineficiente, paternalista, incompetente ao não atender com presteza à demanda dos cidadãos, causador de vultosos endividamentos públicos, um Estado esbanjador, inchado, incapaz de investir nas demandas sociais mais urgentes – transporte, habitação, saúde, educação, segurança pública –, levando o indivíduo a sentir-se sufocado e cativo nas mãos do Estado-pai e, ao mesmo tempo, achar-se no direito de eternamente ficar clamando do Estado a resposta a todo e qualquer anseio.<sup>72</sup>*

*Desse modo, faz-se necessário reconhecer que, diante do texto constitucional de 1988, frente às mutações operadas no Direito Administrativo brasileiro, de acordo com as inovações perpetradas no que tange aos limites de participação do Estado na economia, simplesmente não há mais espaço para se entender recepcionada a Lei nº 6.538/78, especialmente o texto do artigo 9º, no que disciplina o serviço postal como monopólio a ser explorado unicamente pela União.<sup>73</sup>*

*Adotemos o modelo de Estado gerencial, em vigor nos países escandinavos, na Inglaterra, na Austrália, como aquele que busca resultados, concede autonomia aos agentes, descentraliza os poderes, muito mais do que a mera observância de regras. Nesse sentido, atender ao princípio da subsidiariedade significa dizer que o que possa ser realizado de maneira satisfatória pelas empresas privadas não deve ser assumido pelo Estado. A eficiência do Poder Público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas.<sup>74</sup>*

Não pretendemos propor uma solução para o problema suscitado na ADPF – que é multifacetado, envolvendo desde questões de Direito Constitucional intertemporal até detalhes sobre as diversas modalidades de serviço postal.<sup>75</sup> O

69 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 648.

70 Embora a lei fale em monopólio, o que poderia levar a se caracterizar a prestação de serviço postal como atividade econômica, o Supremo Tribunal Federal entendeu que se tratava de serviço público, privilegiando o texto constitucional – só que este serviço público seria caracterizado pelo privilégio da exclusividade. Cf. RE 220906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14.11.2002: “À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de procatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

71 ADPF n 46, Voto (texto sujeito à revisão final) do Relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, pp. 25-26. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/arquivos/imprensa/VotoRelatorADPF46.pdf>>, consulta em 29.06.06.

72 *Ibid.*, p. 27.

73 *Ibid.*, p. 42.

74 *Ibid.*, p. 50.

75 O julgamento hoje se encontra suspenso em razão de pedido de vista da Ministra Ellen Gracie. Antes, votaram os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que julgam a ação improcedente. Para os Ministros, o serviço postal é serviço público, não atividade econômica em sentido estrito. Votaram ainda os Ministros Carlos Britto e Gilmar Ferreira Mendes, que deferiam parcialmente o pedido. Para o primeiro, a exclusividade da União se restringia às atividades de

que se pretende sustentar é, tão-só, a inadequação de se argumentar, no exercício da jurisdição constitucional, com apoio em doutrinas particulares acerca de qual é o melhor modelo de Estado. Em uma república democrática e pluralista, os espaços próprios desse tipo de argumento são a esfera pública informal e os fóruns oficiais de decisão majoritária. A vocação dessas razões é disputar, com outras, a adesão das maiorias. As razões de que podem dispor as cortes constitucionais são diferentes: razões politicamente imparciais, engajadas na preservação da estrutura básica do Estado Democrático de Direito. Ao dar a um órgão não-eletivo o poder de proferir a última palavra acerca de sua interpretação, a Constituição o faz sob a reserva republicana da imparcialidade política. O poder das Cortes constitucionais é amplo – envolve, até mesmo, a prerrogativa de anular as decisões do constituinte reformador –, mas restritas são as razões que legitimam, em concreto, seu exercício. Esse adequado equilíbrio entre supremacia e contenção é a chave da democracia constitucional.

### 3.3. A crítica democrática à constitucionalização-inclusão do princípio da subsidiariedade

Talvez a tese de maior abrangência liberal seja a que atribui *status* constitucional ao princípio da subsidiariedade. De acordo com ele, aquilo que pode ser feito pelas associações menores e pelos indivíduos não deve ser feito pelo Estado. A ideia tem origem na doutrina social da Igreja Católica.<sup>76</sup> O princípio da subsidiariedade está formulado na Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI.<sup>77</sup> Na altura de sua publicação, em 1931, a Igreja Católica estava engaja-

da na crítica à hipertrofia estatal promovida pelo socialismo. É como alternativa a esse modelo de Estado que a doutrina da Igreja assenta, de início, o caráter supletivo da atuação estatal. Sessenta anos depois, quando o socialismo real já havia sucumbido na Europa do Leste, o princípio da subsidiariedade voltaria a ser suscitado, na Encíclica *Centesimus Annus*, de João Paulo II. Transpondo os objetivos iniciais, João Paulo II já utiliza o princípio para criticar o Estado de Bem-Estar Social,<sup>78</sup> tal como vigorava na Europa da segunda metade do Séc. XX:

*Assistiu-se, nos últimos anos, a um vasto alargamento dessa esfera de intervenção, o que levou a constituir, de algum modo, um novo tipo de Estado, o 'Estado do bem-estar'. Esta alteração deu-se em alguns Países, para responder de modo mais adequado a muitas necessidades e carências, dando remédio a formas de pobreza e privação indignas da pessoa humana. Não faltaram, porém, excessos e abusos que provocaram, especialmente nos anos mais recentes, fortes críticas ao Estado do bem-estar, qualificado como 'Estado assistencial'. As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. Também neste âmbito, deve-se respeitar o princípio de subsidiariedade: uma sociedade de ordem superior não deve interferir na vida interna de uma sociedade de ordem inferior, privando-a das suas competências, mas deve antes apoiá-la em caso de necessidade e ajudá-la a coordenar a sua ação com a das outras componentes sociais, tendo em vista o bem comum. (§ 48).*

A versão contemporânea do princípio da subsidiariedade defende padrões cada vez mais reduzidos de intervenção estatal.<sup>79</sup> Nesse sentido, tem seguido trajetória bastante similar à do pensamento liberal. Se, na vigência do socialismo real, os liberais voltavam sua crítica para aquela configuração econômico-política, com seu ocaso, passam a criticar o próprio Estado de Bem-estar Social. Primeiro, fazem-no pela denúncia da ineficiência: mobilizam argumentos pragmáticos centrados no problema dos déficits públicos. Depois, passam a articular argumentos morais e, para isso, apropriam-se, por exemplo, das versões mais atuais da doutrina social da Igreja. Sustentada em termos morais, a subsidiariedade determina que o Estado deixe espaço para a manifestação da autonomia

comunicação privada e comunicação telegráfica, estando excluídas as eminentemente mercantis. Para o segundo (Min. Gilmar Mendes), não foram recepcionados apenas os artigos 42, 43, 44 e 45 da Lei n. 6.538/78, que estabeleciam o delito de violação do monopólio postal da União. O Ministro entendeu que o caráter aberto dos preceitos violava a reserva legal estrita instituída pela Constituição da República em matéria penal. Cf.: STF, ADPF e monopólio das atividades postais – 3, *Informativo* 409.

76 Também no âmbito do protestantismo podem ser encontradas ideias relacionadas ao princípio da subsidiariedade. Menciona-se, em especial, a noção de “esfera soberana”, formulada pelo teólogo calvinista Abraham Kuyper (1837–1920). No “contexto do Direito Constitucional”, tal noção atua como critério “para identificar instâncias de, por exemplo, totalitarismo político; quer dizer, interferência dos repositórios de poderes governamentais nas vidas privadas dos subordinados e controle excessivo por agências governamentais dos negócios internos de instituições que não o Estado” (VYVER, Johan D. Van der. The jurisprudential legacy of Abraham Kuyper and Leo XIII. *Journal of Markets & Morality*, v. 5, n.º 1, 2002, p. 211).

77 Os parágrafos em que a Encíclica define o princípio são os seguintes: “Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los” (§ 79). “Deixe pois a autoridade pública ao cuidado de associações inferiores aquelas negócios de me-

nor importância, que a absorveriam demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requerirem. Persuadam-se todos os que governam: quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função “supletiva” dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão estes, tanto mais feliz e ilsonjeiro será o estado da nação” (§ 80).

78 Cf. SILVA, Daniela Romanelli da. Princípio da subsidiariedade. In: BARRETO, Vicente de Paula (org.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 789-792, esp. p. 790.

79 Cf.: CIMA, Lawrence R.; SCHUBERT, Thomas L. Self-interest, love, and economic justice: a dialogue between classical economic liberalism and catholic social teaching. *Journal of Business Ethics*, n.º 30, 2001.

individual.<sup>80</sup> O princípio decorreria da própria dignidade humana.<sup>81</sup> Estava aberto o caminho para se propor sua *constitucionalização-inclusão*.

Aqui não se pretende discutir o princípio da subsidiariedade como lição de filosofia moral ou como referência para os projetos de reforma da Administração Pública. O problema está em que, da Encíclica, alguns desejam alçá-lo à nossa Constituição atual. Cuidar-se-ia de princípio implícito passível de ser extraído, quando não da dignidade humana, de alguns preceitos da Constituição Econômica, em especial do art. 14, IV, que eleva o valor social da livre iniciativa à condição de princípio constitucional fundamental; do art. 170, que caracteriza o valor social da livre iniciativa como fundamento da ordem econômica; e do art. 173, que permite o desempenho estatal de atividades econômicas (em sentido estrito) apenas para atender a imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo.<sup>82</sup>

Os pressupostos necessários à resolução do dilema já foram desenvolvidos: em uma democracia, a opção por mais ou menos Estado não é, em regra, tema constitucional, a não ser quando implique a violação comissiva (mais Estado) ou omissiva (menos Estado) dos direitos fundamentais. No entanto, é fato que a Constituição de 1988 se pronuncia sobre temas econômicos e assume posições no debate ideológico.<sup>83</sup> Como já mencionamos, é recorrente, em setores de destaque topográfico, a referência constitucional à livre iniciativa. Contudo, a Constituição é igualmente densa na enunciação de princípios inspirados em

ideologias concorrentes à do livre mercado. Logo no artigo 1º, ao lado do valor social da livre iniciativa, também eleva à condição de princípio constitucional fundamental o "valor social do trabalho"; no artigo 170, além de voltar a mencionar o valor social do trabalho, como fundamento da ordem econômica, afirma que esta "tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", e que isso deverá ser feito observando-se os princípios da "soberania nacional", da "propriedade privada", da "função social da propriedade", da "livre concorrência", da "defesa do consumidor", da "defesa do meio ambiente", da "redução das desigualdades regionais e sociais"; da "busca do pleno emprego", do "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País".<sup>84</sup> Além desses princípios e objetivos gerais, os elementos de cunho social conformam, também, regras específicas, que autorizam ou exigem atuação pública.<sup>85</sup> Não há sentido em colher, no texto constitucional, todas as diversas hipóteses em que a Constituição não apenas permite, mas também determina a presença do Estado. Se fôssemos identificar as hipóteses em que tal intervenção é requerida no plano social, o rol ficaria bastante longo.

Podem existir boas razões para que o Estado não assumia tantos encargos como em outras épocas. Mas esse juízo político não pode ser convertido em imposição constitucional. Se jamais o seria por exigência abstrata do constitucionalismo democrático, ainda mais difícil é sustentá-lo com fundamento no texto da Constituição de 1988. De fato: a Constituição Federal está repleta de "compromissos dilatórios".<sup>86</sup> Como as forças políticas atuantes na Constituinte não chegaram a um consenso sobre qual seria o modelo econômico brasileiro, inseriram no texto constitucional disposições abstratas e diretrizes alternativas, deferindo ao legislador a competência para *densificá-las* de acordo com as condições históricas de seu tempo.

80 O argumento central é apresentado da seguinte maneira: "Centésimo Annono é importante porque fornece uma defesa da economia de livre mercado baseada na natureza da pessoa humana. Os seres humanos são livres e buscam a liberdade. Feridos pelo Pecado Original, podemos transcender nossos próprios interesses ao mesmo tempo em que os buscamos. Uma das virtudes da economia de mercado é que ela abre espaço para a liberdade individual e para a livre iniciativa, tornando possível trabalhar para o bem comum de uma maneira que não implique ignorar os interesses pessoais" (BEABOUT, Gregory R. The principle of subsidiarity and freedom in the family, church, market, and government. *Journal of Markets & Morality*, v. 1, nº 2, out., 1998, p. 136).

81 Essa fundamentação da subsidiariedade pode ser sintetizada nos seguintes termos: "A subsidiariedade não deriva sua força de um cuidado instrumental com a eficiência social ou uma necessidade de compromisso político. Sua base é personalística, antes que contratual ou utilitária. Ou seja, sua primeira justificação é a convicção de que cada ser humano possui um valor inerente e inalienável - sua dignidade -, e, assim, o valor da pessoa humana é ontológica e moralmente superior ao Estado ou a outros grupamentos sociais. Por causa desse valor, todas as outras formas de sociedade, da família ao Estado à ordem internacional, devem, em última análise, estar a serviço da pessoa humana. Seu propósito deve ser o desenvolvimento do indivíduo" (CAROZZA, Paolo G. Subsidiarity as a structural principle of international human rights law. *The American Journal of International Law*, v. 97, 2003, p. 5).

82 O tema é examinado nos estudos de: BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003; TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 157 e ss.; e MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. *O princípio da subsidiariedade e a redefinição do papel do Estado no Brasil* (Dissertação de mestrado em Direito). Rio de Janeiro: FUC - Rio, 2001.

83 Cf.: SOUZA, Washington Peluso. Conflitos ideológicos na constituição econômica. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 69/70, 1990; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 11 ss.

84 Esses compromissos ideológicos podem ser observados em diversos outros preceitos. Ao enumerar os objetivos fundamentais a serem perseguidos pela República (art. 3º), a Constituição menciona: "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (I); "garantir o desenvolvimento nacional" (II); "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (III); "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (IV). Como se vê, a ordem econômica projetada pela Constituição Federal não é ordem liberal, mas compromissória, que, além de possuir elementos liberais, possui elementos marcadamente sociais, intervencionistas e nacionalistas.

85 Cf., p. ex., os artigos 21 e 176 da CRFB.

86 Sobre o conceito de compromisso dilatório, cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996, pp. 52 ss. Sobre o caráter compromissório da Constituição Federal de 1988, cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 370 ss.; SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 44-45, 767-768; SOUZA, Washington Peluso. A experiência brasileira de Constituição econômica. *Revista de Informação Legislativa*, n. 102, 1989, pp. 21 ss.; COMPARATO, Fábio Konder. A ordem econômica na Constituição brasileira de 1988. *Cadernos de direito econômico e empresarial - Revista de Direito Público*, n. 93, 1990, pp. 263 ss.; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, cit., pp. 37 ss.



Esse caráter dilatatório do compromisso constitucional pode ser observado no caput do art. 173 da CRFB: sem contar os monopólios,<sup>87</sup> a exploração econômica direta do Estado será permitida quando decorrente de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Mas um e outro serão *definidos em lei*.<sup>88</sup> O Constituinte conferiu ao legislador a possibilidade de determinar quando a intervenção concorrencial do Estado é admissível. Descartada a alusão hoje pouco freqüente aos imperativos de segurança nacional, a polêmica se concentra na expressão "relevante interesse coletivo". A expressão não deve ser interpretada de modo a servir como referência constitucional a uma tese político-econômica de índole liberal. "Relevante" é o que tem importância; o que sobressai; o termo não possui a mesma valência semântica da expressão "em último caso". Assim, é possível reconstruir a norma constitucional do art. 173 em termos imparciais, o que, de maneira curiosa, significa, simplesmente, interpretá-la em sentido literal. A atuação econômica direta do Estado está justificada quando existir interesse coletivo suficientemente importante. O STF<sup>89</sup> já teve oportuni-

dade de reafirmar, por conta do caráter aberto do preceito, a ampla liberdade de conformação legislativa:

*Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e a vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional.*<sup>90</sup>

Observe-se que o princípio da proporcionalidade não pode ser utilizado para se restringir a possibilidade de o Estado intervir concorrencialmente, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no caso da instituição de monopólio ou no da simples proibição da atividade. Na hipótese do art. 173, a atuação do Estado, através de empresas públicas e sociedades de economia mista, submeter-se-á à livre concorrência. As estatais estarão sujeitas "ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários" (§ 1º, inciso II) e "não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado" (§ 2º), devendo a Lei reprimir "o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (§ 4º).<sup>91</sup> Isso significa que a atuação estatal não importará limite à livre iniciativa, que também poderá atuar no setor, em igualda-

87 "Quer dizer, o artigo 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do caput. Se não houver concorrência - existindo monopólio, CF art. 177 - não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173" (STF, RE 407.099, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 06/08/04).

88 A maioria da doutrina brasileira entende que se trata de lei ordinária, ao passo que Celso Antônio, com base em argumentos próprios, sustenta que é caso de lei complementar. O administrativista paulista entende que, como a intervenção direta concorrencial só pode ser feita por empresas públicas ou sociedades de economia mista, e essas entidades demandam, para sua criação, autorização por lei ordinária, a referência à "forma da lei" do art. 173 só adquiriria sentido quando interpretada de modo a exigir lei complementar. É uma interpretação engenhosa, mas que não conta com muitos adeptos, e, mais ainda, destoa da técnica legislativa constitucional: em todos os casos em que a Constituição exigiu lei complementar para o tratamento de determinada matéria, disse-o com todas as letras. Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 616.

89 A jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão segue, de maneira geral, o entendimento aqui proposto. No julgamento do Primeiro Caso sobre Auxílio a Investimentos, em 1954, o Tribunal Constitucional, analisando a constitucionalidade da criação de um fundo destinado ao auxílio à indústria alemã de ferro e carvão, destruída pela Segunda Guerra, através de contribuições compulsórias de industriais e vendedores, sentenciou: "Embora a presente ordem econômica e social seja compatível (...) com a Lei Fundamental, ela não é, de forma alguma, a única possível. Baseia-se numa decisão política defendida pela vontade do legislador, e pode ser substituída ou ultrapassada por uma decisão diferente." Indo além, em 1971, ao decidir pela constitucionalidade da reprodução, indenizada, mas independente de autorização, de trechos de obras literárias clássicas num manual escolar, concluiu que, "como não existe uma definição prévia e absoluta de propriedade, e porque o conteúdo e a função da propriedade precisam ser ajustados à mudança econômica e social, a Constituição transfere ao legislador a autoridade para definir seu conteúdo e seus limites, (...) desde que respeitado o conteúdo essencial do direito." Em outras palavras: a linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão é a de que, resguardada a estrutura básica do Estado Democrático de Direito, o legislador é livre para traçar as grandes linhas e as práticas específicas da política econômica. Cf. KOMMERS, op. cit., pp. 241-265. Cf., ainda: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., pp. 207 ss.

90 ADI 234, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 15.09.95. No caso, o STF declarou a inconstitucionalidade de normas da Constituição do Estado do Rio de Janeiro relativas à possibilidade de o Estado alienar seu controle acionário sobre sociedades de economia mista: "As ações de sociedades de economia mista pertencentes ao Estado não poderão ser alienadas a qualquer título, sem expressa autorização legislativa" (art. 6º, caput); "Sem prejuízo do disposto neste artigo, as ações com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas desde que mantido o controle acionário, representado por 51% das referidas ações" (art. 6º, parágrafo único). Havia quem entendesse, interpretando esses preceitos, que a alienação de ações das sociedades de economia mista pelo Estado não poderia implicar a perda do controle acionário, ou seja, que as ações com direito a voto só poderiam ser alienadas se "mantido o controle acionário, representado por 51% das referidas ações" (art. 6º, parágrafo único). O STF, com razão, entendeu que essa interpretação limitava indevidamente a liberdade de conformação do legislador estadual, dando interpretação conforme ao art. 6º, caput, da Constituição fluminense, para determinar que "a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais". Na verdade, a interpretação afastada configurava verdadeira "vedação de desestatização", ao estilo do que originariamente dispunha a Constituição Portuguesa. As observações acima valem também em sentido inverso. Se o legislador pretende ampliar a intervenção do Estado na esfera econômica, autorizando a instituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista, o Judiciário deve ser bastante contido na apreciação da constitucionalidade dessa iniciativa, pelo menos no que toca aos parâmetros materiais da "segurança nacional" e do "relevante interesse coletivo".

91 Cf. Lei Federal nº 8.884/94.

de de condições. Mesmo se atribuindo jusfundamentalidade à livre iniciativa, não há como mobilizar a proporcionalidade. De fato, nenhum princípio constitucional é limitado quando o Estado intervém concorrencialmente.

São, portanto, im procedentes as tentativas de se emprestar *status* constitucional ao princípio da subsidiariedade. Aqui, como talvez em nenhuma outra área, o uso de categorias originalmente desenvolvidas para o campo dos direitos fundamentais converte-se em veículo de captura ideológica do texto constitucional. Não resta dúvida: a subsidiariedade é proposta como limite não à intensidade, mas à abrangência da intervenção estatal.<sup>92</sup> O princípio se relaciona ao conceito de *Estado Mínimo*, não ao de *Estado de Direito*. Seu compromisso é com o liberalismo econômico, não com o liberalismo político. A tese da constitucionalização da subsidiariedade não é apenas insustentável à luz da Constituição atual, mas também sob o prisma do constitucionalismo democrático. Em suma: trata-se de postulado ideológico particular, não de princípio constitucional.

#### 4. Proposições objetivas

Ao final do artigo, é possível apresentar, sob a forma de proposições objetivas, uma síntese de suas idéias principais.

- (I) O processo de *dupla fundamentalização* por que passa a Constituição de 1988 deve ser legitimado a partir de argumentos restritos à esfera da imparcialidade política, evitando doutrinas fundamentalistas dos direitos fundamentais. O intérprete constitucional, em uma república democrática e pluralista, circunscreve-se a um uso público da razão: não deve recorrer a argumentos compartilhados apenas entre os adeptos de sua visão de mundo, mas a argumentos que se refiram a valores políticos tendentes ao consenso entre as diversas doutrinas razoáveis.
- (II) Na interpretação constitucional da livre iniciativa, não se deve atribuir conteúdo ao princípio com base em doutrinas liberais abrangentes de institucionalização do *laissez-faire*. Isso corresponderia a excluir doutrinas econômicas razoáveis que, embora defensoras da economia de mercado, solicitam maior intervenção estatal. Constitucionalizar o *laissez-faire* significa afirmar que as maiorias não podem optar por modelos alternativos, devendo deliberar, apenas, sobre suas formas de implementação. A crítica não difere da que usualmente é lançada à abrangência social-dirigente: também aqui não se respeita a possibilidade da divergência razoável.

92 Cf. para uma análise sobre o princípio da proporcionalidade como limite à intensidade da regulação, e ao da subsidiariedade como limite à abrangência dos setores regulados: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Limites à abrangência e à intensidade da regulação estatal. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, nº 4, nov. 2005.

- (III) A tese de que os monopólios públicos estabelecidos na Constituição devem ser interpretados restritivamente, bem como a de que a criação de novos monopólios só pode ser feita através de emenda constitucional, não se justifica sob a ótica do constitucionalismo democrático. A Constituição é capitalista, mas não prescreve um modelo específico de capitalismo. Além da livre iniciativa, a Constituição positiva inúmeros outros princípios de cunho social, razão pela qual se deve atribuir ao legislador ampla margem de conformação.
- (IV) O mesmo se diga acerca do conceito material de serviço público. A dimensão positiva do conceito – que institui a obrigação de o Estado atuar quando necessário para a concretização dos direitos fundamentais – é democraticamente justificável. Se o Judiciário determina que o Estado deixe de se omitir na prestação de serviços vinculados à garantia da dignidade humana, age como guardião da democracia. Já a dimensão negativa do conceito deve ser vista com cautela, pois, em regra, vincula-se a aportes ideológicos fundamentalistas. O controle jurisdicional, neste campo, deve se restringir a hipóteses de excesso evidente.
- (V) O princípio da subsidiariedade econômica não possui *status* constitucional, pois a Constituição da República, tanto em sua redação originária como em seu texto atual, prevê amplas possibilidades de intervenção do Estado na esfera econômica. Se não são inconstitucionais as doutrinas que o sustentam, tampouco merecem reprovação aquelas que o criticam. O lugar do princípio da subsidiariedade é a política ordinária, não a política constitucional. O princípio pode ser utilizado para que seus defensores conquistem a adesão das maiorias. Mas estas, em uma república democrática, não podem ter sua margem de deliberação limitada por ele.
- (VI) Na introdução, mencionou-se o *consenso imposto*. Nossa pretensão foi a de expô-lo à crítica a partir do exame da abrangência da *dupla fundamentalização* do princípio constitucional da livre iniciativa. A rigor, o fundamentalismo na interpretação do princípio da livre iniciativa contraria o coração do próprio projeto político do liberalismo: moderação e aceitação da divergência. Como estratégia política, não há problema em se propor qualquer intensidade razoável à livre iniciativa; mas como razão de decidir, no plano constitucional, é preciso concebê-la com responsabilidade e moderação. A *dupla fundamentalização* do princípio da livre iniciativa não pode significar marginalização política ou clandestinidade constitucional de projetos econômicos razoáveis, destino quase certo quando se pretende extrair, “direto da Constituição”, imposições econômicas não-universalizáveis e politicamente polêmicas.