

A CVM e a Ordem Econômica¹

Paulo Ferreira Dias da Silva

Graduado em Economia e em Direito pela USP. Especialista em Regulação pelo Instituto de Economia da UFRJ. Mestre em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Mestre em Direito Civil pela Universitat de Girona. Analista de mercado de capitais da CVM. Advogado.

¹ Publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB, ano 18, nº 69, julho-setembro 2015, pp 63-121. Ed. Revista dos Tribunais.

Resumo

Após esmiuçar a natureza da CVM - com o auxílio de conceitos elementares do direito em suas escolas administrativa, regulatória, constitucional e econômica - o presente artigo identifica o papel dessa autarquia na ordem econômica constitucional brasileira.

Palavras-chave

Interesse público - poder-dever – regulação – atividade econômica – ordem econômica - estado regulador.

Abstract

After crushing the nature of the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) - based on elementary concepts of administrative, regulatory, constitutional and economic schools - this article identifies the role of this Agency in the Brazilian constitutional economic order.

Keywords

Public interest - power duty - regulation - economic activity - economic order - regulatory state.

Sumário

1. Da CVM à Constituição	pág. 3
2. A CVM na Constituição	pág. 17
3. A Ordem Econômica Constitucional	pág. 45
4. CVM: O Estado regulador da economia capitalista	pág. 63
Referências Bibliográficas	pág. 68

A CVM e a Ordem Econômica

1. Da CVM à Constituição

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM foi criada pela Lei nº 6.385, de 07.12.1976, na forma da redação original de seu art. 5º, que dizia simplesmente: “é instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica, vinculada ao Ministério da Fazenda”.

Hoje, na redação dada pela Lei nº 10.411, de 26.2.2002, o mesmo art. 5º diz: “é instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.”

A caracterização da CVM como entidade autárquica vinculada ao Ministério da Fazenda nos remete imediatamente ao Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967.

Este completa o disposto no art. 5º da Lei da CVM ao (i) dividir a administração federal em administração direta e indireta, posicionando as autarquias dentre as entidades da administração indireta; (ii) conceituar autarquia; e (iii) vincular cada entidade da administração indireta ao Ministério cuja área de competência abrange sua atividade.

É o que se tem nos artigos 4º e 5º do DL 200/67. *In verbis*:

Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações públicas. Parágrafo único. As entidades compreendidas na

Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade.

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.

A divisão da administração pública federal em administração direta e indireta, prevista no antigo Decreto-lei, foi acolhida pela Constituição de 1988. Isto se verifica já no *caput* de seu art. 37 que, ao declarar os princípios constitucionais norteadores da administração pública, estabeleceu: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Indo além, nota-se que a administração indireta é reconhecida pela Constituição como parte da organização do Estado brasileiro na medida em que a submete aos mesmos limites e controles que impõe à administração direta.

Nesse sentido, destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro² que a Constituição de 1988, no art. 49, X, fala em fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluindo os da Administração Indireta; no art. 70, dispõe sobre a fiscalização da União e das entidades da Administração Direta e Indireta; no art. 71, que trata do controle externo da administração pública exercido pelo Congresso Nacional com

² DI PIETRO, 2009, p. 420.

o auxílio do Tribunal de Contas da União, menciona, no inciso II, a Administração Direta e Indireta; no art. 165, que trata da lei orçamentária anual, refere-se, em seu § 5º, I e III, a entidades da Administração Direta e Indireta; o mesmo ocorre no art. 169, § 1º, que estabelece os limites para as despesas com pessoal da administração pública.

Observamos que a Constituição não define nem delinea tais esferas, como que contando com a complementação oferecida pelo DL 200/67. A própria Di Pietro reconhece a dificuldade em identificar o sentido dado pela Constituição de 1988 à expressão Administração Indireta, dificuldade que, segundo ela, se acentuou com as alterações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/98³.

Conclui a autora, no entanto, que a Constituição usa a expressão no mesmo sentido subjetivo que lhe dá o Decreto-lei nº 200/67 para designar o conjunto de pessoas jurídicas, de direito público ou privado, criadas por lei, para desempenhar atividades assumidas pelo Estado, seja como serviço público, seja como intervenção no domínio econômico⁴.

Apoiados no texto da Constituição e na leitura da doutrina, os citados dispositivos do DL 200/67 fundamentam decisões de nossa corte constitucional até nossos dias⁵, caracterizando a admissão do instituto hermenêutico da *recepção* por nosso ordenamento, fenômeno assim explicado por José Afonso da Silva⁶:

Entende-se por *recepção* o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida num outro ordenamento⁷. No Direito Constitucional há duas formas de *recepção*: a) Uma consiste na recepção de regras ou instituições de um ordenamento constitucional estrangeiro (...). b) A outra significa que a legislação emanada sob a Constituição revogada continua válida sob a nova; é o que se chama *recepção da legislação anterior* pela Constituição superveniente. (...) É que a nova Constituição não cai no vazio, porque se insere numa ordem jurídica preexistente.

³ Esta consolidou a reforma administrativa do Estado brasileiro, levada a efeito durante o governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002). Nos termos de sua ementa, ela “Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências”. A grande maioria dos dispositivos por ela introduzidos ou modificados na Constituição Brasileira de 1988 ainda se encontra em vigor.

⁴ DI PIETRO, 2009, p. 421.

⁵ Um exemplo, dentre outros disponíveis, é o RMS 24249-DF, Relator Min. Eros Grau, transitado em julgado em 23.08.2006.

⁶ SILVA, 2008, pp. 2-3.

⁷ BOBBIO, 1993, p. 182.

Encontra em vigor, em plena eficácia, leis e outras normas jurídicas. Surge, então, o problema de saber se tais normas infraconstitucionais se coadunam com a Constituição superveniente. É nesse quadrante que cumpre verificar se essas normas infraconstitucionais são compatíveis ou incompatíveis com a ordem jurídica constitucional que a nova Carta Magna instaura. É a questão da *recepção* ou da *ab-rogação* da legislação anterior pela Constituição.

Por tudo isso, pode-se afirmar que, no atual regime constitucional, a delimitação da abrangência da administração indireta cabe ao DL 200/67 que, com efeito, definiu as autarquias - a CVM entre elas - como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública”.

Aqui se verifica que a alteração do art. 5º da Lei 6.385/76, a que nos referimos de início, serviu a autarquia CVM de elementos que já compunham a definição de autarquia no DL 200/67, quais sejam, a personalidade jurídica e o patrimônio próprios. Logo, esse ponto da reforma da Lei 6.385/76 em nada inovou a ordem jurídica, pois as prerrogativas por ele conferidas à CVM já constituiriam a entidade desde sua criação como autarquia.

É certo, contudo, que a conceituação legal de autarquia do DL 200/67 demanda integrações, pois esta (i) não diz se a personalidade jurídica da autarquia é de direito público ou privado, e (ii) não define as atividades típicas da administração pública, que a autarquia tem por mister executar.

Quanto ao primeiro aspecto, vale notar que o DL 200/67 estabelece para a empresa pública, a sociedade de economia mista e a fundação pública - as coirmãs da autarquia na administração indireta - a personalidade jurídica de direito privado.

É provável que tal peculiaridade tenha relação com a redação original do § 2º art. 163 da Constituição de 1967, que dizia: “na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações”.

Tal norma padecia de uma inconsistência, exposta pelo próprio art. 5º do DL 200/67, pois previa a exploração de atividade econômica por empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não por autarquias.

Ademais, sob aquele regime constitucional de exceção, a exploração de atividade econômica competia preferencialmente às empresas privadas⁸, não podendo, assim, ser considerada uma modalidade da atividade *típica* da administração pública que o art. 5º do DL 200/67 confere às autarquias.

Tratava-se, segundo Di Pietro⁹, de uma falha da Constituição de 1967, posteriormente corrigida pelo § 2º do art. 170 da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969¹⁰, que reescreveu a norma, excluindo a referência às autarquias.

Ressalte-se que o primeiro conceito legal de autarquia do ordenamento brasileiro a identificava como pessoa jurídica de direito público. De fato, o Decreto-lei nº 6.016, de 22.11.1943, definia autarquia como “serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”¹¹.

Enfim, o art. 41 do Código Civil Brasileiro - Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - veio estabelecer que “são pessoas jurídicas de direito público interno¹²: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei (...).”

O Código Civil de 2002¹³, portanto, veio preencher a lacuna legal deixada pelo DL 200/67, confirmando a prescrição das leis que, mesmo antes de 2002,

⁸ Dizia o *caput* e o § 1º da Constituição de 1967: “Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º - Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica. (...)”.

⁹ Cf. DI PIETRO, 2009, p. 427.

¹⁰ Dizia o citado dispositivo: “Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas. § 1º Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica. § 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações. (...)”.

¹¹ Cf. DI PIETRO, 2009, p. 427.

¹² Hely Lopes Meirelles (2009, p.38) explica que “o Direito Público Interno visa a regular, precipuamente, os interesses estatais e sociais, cuidando só reflexamente da conduta individual”, enquanto “o Direito Público Externo destina-se a reger as relações entre os Estados Soberanos e as atividades individuais em plano internacional”.

¹³ Por caprichosa ironia, vê-se uma norma de direito privado definindo um instituto de direito público, insinuando o anacronismo dessa tradicional divisão doutrinária.

instituíram autarquias como pessoas jurídicas de direito público¹⁴, caso da lei que criou a CVM¹⁵.

A razão dessa opção legislativa é explicada por Di Pietro, para quem as pessoas jurídicas públicas sujeitam-se ao direito público, tendo em vista especialmente a intenção de se fazer soberana a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público¹⁶.

Impõe-se investigar, então, em que consiste o regime de direito público.

Nesse intuito, tomamos a orientação dos “critérios práticos para distinguir as pessoas públicas das pessoas privadas” formulados por Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁷, segundo os quais as pessoas públicas se caracterizam por: (1) origem na vontade do Estado; (2) fins não lucrativos; (3) finalidade de interesse coletivo; (4) ausência de vontade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos; (5) impossibilidade de se extinguirem pela própria vontade; (6) sujeição a controle positivo do Estado; e (7) prerrogativas autoritárias que geralmente dispõem.

Observe o leitor que a definição legal de autarquia atende a tais critérios: a “criação por lei” das autarquias traduz a vontade do Estado de direito por intermédio

¹⁴ Curioso notar na Constituição de 1988 um dispositivo sugerindo que as autarquias não seriam necessariamente pessoas jurídicas de direito público, hipótese que não resistiria a uma ligeira abordagem sistemática da Carta (a do presente estudo, por exemplo). Trata-se do art. 54, que dispõe: “Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público (...)”. Ao arrolar a categoria *pessoa jurídica de direito público* seguida da categoria *autarquia*, o artigo dá a entender, logicamente, que a primeira não abrange a segunda, entendimento reforçado pela inclusão, no mesmo rol, de categorias de entidades da administração indireta que são pessoas jurídicas de direito privado. Tratar-se-ia de erro semelhante ao cometido pela primeira versão da Constituição de 1967.

¹⁵ Outro exemplo é a SUSEP, criada pelo Decreto-lei nº 73/66, cujo art. 35 estabeleceu: “Fica criada a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), entidade autárquica, jurisdicionada ao Ministério da Indústria e do Comércio, dotada de personalidade jurídica de Direito Público, com autonomia administrativa e financeira”. Um contraexemplo é o Banco Central do Brasil – Bacen, criado pelo art. 8º da Lei nº 4.595/64, que dispõe: “A atual Superintendência da Moeda e do Crédito é transformada em autarquia federal, tendo sede e foro na Capital da República, sob a denominação de Banco Central da República do Brasil, com personalidade jurídica e patrimônio próprios este constituído dos bens, direitos e valores que lhe são transferidos na forma desta Lei (...)”. Observe-se que tal dispositivo não explicita a natureza pública da entidade, o que estaria em linha com o disposto no citado Decreto-lei nº 6.016, de 22.11.1943, que originalmente definiu autarquia como “o serviço esta tal descentralizado, com personalidade de de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei”.

¹⁶ DI PIETRO, 2009, p.424.

¹⁷ MELLO, 1968, p. 319.

de seu instrumento essencial (1), e ainda impossibilita sua extinção por vontade própria da autarquia, senão por nova lei (5); seu fim, também estabelecido em lei, de executar “atividades típicas da Administração Pública”, identifica-se com os fins não lucrativos (2), a finalidade de interesse coletivo (3), a ausência de vontade na fixação ou modificação dos próprios fins e obrigação de cumprir os escopos (4), a sujeição a controle positivo do Estado (6), e as prerrogativas autoritárias que geralmente dispõem (7), porque necessárias à consecução de seus fins.

A instituição da autarquia como pessoa jurídica de direito público se deve, portanto, à finalidade de “executar atividades típicas da Administração Pública” – o outro ponto em que a definição legal de autarquia demanda integração.

A citada doutrina de Di Pietro, como visto, não se ocupa de indicar em que consistiriam tais atividades, mas as vincula a uma finalidade de interesse público.

O mesmo faz Hely Lopes Meirelles; primeiramente, ao citar a doutrina italiana de Lentini, para quem a autarquia é uma forma específica de capacidade de Direito Público, própria daqueles sujeitos auxiliares do Estado, que exercem função pública por um interesse próprio que seja igualmente público¹⁸.

Depois, ao comentar o conceito de autarquia do DL 200/67, afirmando que a conceituação legal tem o mérito de impedir que a União outorgue às suas autarquias *serviços impróprios do Poder Público*, ou seja, atividades econômicas específicas da iniciativa privada, que só podem ser exploradas, suplementarmente, por empresas públicas e sociedades de economia mista, na forma estabelecida pela Constituição da República (art. 173 e §§)¹⁹.

Hely, portanto, acrescenta às considerações de Di Pietro o conceito de serviços impróprios do Poder Público, identificando o que não seria atividade típica da administração pública e apontando que a sede do assunto é a Constituição.

¹⁸ LENTINI, 1939, p. 77, *apud* MEIRELLES, 2009, p.348.

¹⁹ MEIRELLES, 2009, p.348.

Indo além, o autor utiliza a expressão *serviços próprios* do Poder Público como análoga a atividade típica da administração pública. Faz isso em sua caracterização de autarquia, que merece destaque:

A autarquia, sendo um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado, deve executar **serviços próprios do Estado**, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos. O que diversifica a autarquia do Estado são os métodos operacionais de seus serviços, mais especializados e mais flexíveis que os da Administração centralizada.

Embora identificada com o Estado, a autarquia não é entidade estatal; é simples desmembramento administrativo do Poder Público. E, assim sendo, pode diversificar-se das repartições públicas para adaptar-se às exigências específicas dos serviços que lhe são cometidos. Para tanto, assume as mais variadas formas e rege-se por estatutos peculiares à sua destinação. Essa necessidade de adaptação dos meios aos fins é que justifica a criação de autarquias, com estrutura adequada à prestação de determinados serviços públicos especializados.

Como se vê, **as autarquias prestam-se à realização de quaisquer serviços públicos típicos, próprios do Estado**, mas são indicadas especificamente para aqueles que requeiram maior especialização ou imposição estatal e que, conseqüentemente, exijam organização adequada, autonomia de gestão e pessoal especializado, liberto da burocracia comum das repartições centralizadas²⁰ (grifos nossos).

O excerto inspira alguma dúvida acerca da precisão da afirmação “a autarquia não é entidade estatal”, diante das afirmações, também nele contidas, de que esta é “um prolongamento do Poder Público, uma *longa manus* do Estado”, que “deve executar serviços próprios do Estado, em condições idênticas às do Estado, com os mesmos privilégios da Administração-matriz e passíveis dos mesmos controles dos atos administrativos”.

Ressalve-se que Di Pietro também colocou as autarquias “para fora” do Estado, ao afirmar que “a criação, pelo Estado, de entidades públicas ou privadas, com personalidade jurídica própria, coloca intermediários entre o Estado e o indivíduo”²¹.

De todo modo, importa-nos destacar, das lições de Meirelles, sua compreensão de que os serviços próprios do Poder Público vinculam-se a um fim

²⁰ MEIRELLES, 2009, p.349.

²¹ DI PIETRO, 2004, p.68.

de interesse público e traduzem *atividade típica de Estado* - elemento da definição legal de autarquia que buscamos esclarecer.

Impõe-se, destarte, o desafio de adentrar o conceito de *interesse público*, tradicionalmente considerado um conceito jurídico indeterminado.

Trata-se de um desafio especial, pois, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, este não trata de noção tão simples que se imponha naturalmente, ou algo de per si evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos²². E, para Di Pietro, quando se considera o interesse público como sinônimo de bem comum, ou seja, como fim do Estado, a indeterminação atinge seu grau mais elevado²³.

A tais advertências opõe-se o encorajamento de Eros Grau, para quem conceitos jurídicos indeterminados simplesmente não existem²⁴, e agrega-se a ponderação de Calixto Salomão Filho, que considera a definição de interesse público multifacetada – ora política, ora econômica - não podendo mesmo ser colocada em termos precisos²⁵.

Com efeito, na obra “Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)”, Calixto procura resolver a questão elegendo um conceito de interesse público pinçado da historiografia, paralelamente ao reconhecimento da existência de outros:

(...) sobre o conceito de interesse público pairam de há muito importantes divergências conceituais. Clássica é a disputa nesse tema entre individualistas e hegelianos. Os primeiros – basicamente Bentham e Mandeville – buscam reduzir o interesse público à soma dos interesses individuais e assim defini-lo. Já Hegel propugna por uma definição capaz de separar sociedade civil e Estado. Para isso propõe identificar o conceito de interesse público ao interesse estatal.

Ambas as noções parecem reduzir e limitar em excesso o conceito de interesse público. No presente trabalho será adotado um terceiro conceito, muito mais ligado à etimologia e – mais importante que isso – às origens do conceito. Trata-se da noção romana de interesse público. Segundo o clássico dicionário etimológico latino de Walde-Hoffman, o termo *publicus* tem duas possíveis origens etimológicas diversas. Uma primeira pode ter sido a palavra *poplicus*, usada nas

²² MELLO, 2012, p.59.

²³ DI PIETRO, 2004, p.72.

²⁴ GRAU, 1988, p.72.

²⁵ SALOMÃO FILHO, 2008, p.23.

fontes como sinônimo de *populus*. Uma segunda origem possível seria a palavra *publicus*, usada para identificar o povo com capacidade política. Qualquer que seja a origem, ressalta a ligação do conceito à ideia de povo. O próprio conceito de Estado em Roma está, de resto, ligado à ideia de povo, não existindo uma entidade dele separada.

Daí resulta a noção de interesse público como interesse da coletividade, do povo como um todo – portanto, **o interesse de todos**²⁶ (grifo nosso).

Eros Grau, por sua vez, fornece um caminho para o tratamento dos conceitos jurídicos indeterminados em geral:

(...) duas grandes questões (...) se põem em torno da consideração de ‘conceitos jurídicos indeterminados’ (...), que podem ser também designados como *conceitos abertos*: a questão do sujeito do preenchimento e do próprio preenchimento deles. (...) são indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos (...), razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. (...) os parâmetros para tal preenchimento – quando se trate de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções jurídicas predominantes, concepções essas que variam conforme a atuação das forças sociais. Quando se trate de conceito aberto por ambiguidade, o seu preenchimento é procedido mediante a consideração do contexto em que inserido (...). Quando temos sob exame um conceito cujo termo, indeterminado, o legislador não define estipulativamente, deverá fazê-lo o aplicador.²⁷

À proposta de Grau, segundo a qual se busca na realidade as concepções jurídicas predominantes acerca do conceito que se pretende esclarecer, soma-se a opinião de Di Pietro, para quem qualquer conceito jurídico indeterminado, não apenas o de interesse público, ao ser aplicado aos casos concretos, exige ponderação de interesses, avaliação de custo/benefício, utilização de critérios de interpretação, na tentativa de diminuir ou acabar com a indeterminação e encontrar a solução mais adequada²⁸.

Por esse caminho, é com a interpretação do ordenamento jurídico que se define o interesse público, até porque o ordenamento jurídico vigente nada mais é que o primeiro retrato da concepção jurídica predominante a que se refere Eros.

Pois bem. Se nossa intenção é compreender em que consiste atividade típica da administração pública, e se é no ordenamento jurídico que devemos identificar

²⁶ SALOMÃO FILHO, 2008, p.196.

²⁷ GRAU, 1988, pp.72-73.

²⁸ DI PIETRO, 2004, p.74.

o interesse público enquanto fim do Estado a pautar tal atividade, nossa fonte não é outra senão a Constituição.

Tal conclusão tem um quê de intuitiva ou atávica, e não é para menos. Já na Antiguidade, Aristóteles conceituava Constituição como a ordem ou distribuição dos poderes que existem num Estado, isto é, a maneira como eles são divididos, a sede da soberania e o fim a que se propõe a sociedade civil, lembrando o exemplo dos egípcios, que remonta à mais alta antiguidade e desde sempre tiveram leis e uma Constituição e alertando que as leis devem ajustar-se à Constituição, e não a Constituição às leis²⁹.

A conceituação de Aristóteles sobreviveu a ponto de ser um dos sustentáculos da moderna teoria da Constituição, fenômeno observável em obras como a “Teoria Geral do Estado” de Georg Jellinek (1851-1911)³⁰ e “A Essência da Constituição” de Ferdinand Lassalle (1825-1864)³¹.

A ideia de Constituição de Jellinek parte do princípio de que toda associação permanente necessita de um “princípio de ordenação” que delimite a situação dos membros dentro dessa associação e a relação com ela. Uma ordenação ou estatuto dessa natureza é o que denomina Constituição, afirmando que todo Estado necessitará de uma Constituição, seja ele despótico ou de índole democrática.

A partir dessa proposição lógica, o autor desenvolve uma perspectiva histórica, dela derivando outra proposição, a de que um poder de fato, forte o suficiente para manter a unidade do Estado, é o *minimum* de Constituição necessário à existência do próprio Estado, ao mesmo tempo em que identifica, nos povos cultos de sua época, a adoção de uma ordem jurídica reconhecida em princípios de direito.

Com efeito, Jellinek conceitua Constituição como os princípios jurídicos que designam os órgãos supremos do Estado, os modos de sua criação, suas relações mútuas, fixam o círculo de sua ação e a situação de cada um deles no âmbito do poder do Estado.

²⁹ ARISTÓTELES, 1252a.

³⁰ JELLINEK, 1975, “Capítulo quince - La Constitución del Estado”, pp. 381-407.

³¹ LASSALLE, 1988.

Não deixa o autor de ressaltar que tal conceito remonta à Idade Antiga, lembrando inclusive a distinção, feita por Aristóteles, entre a lei que fundamenta o Estado e as leis simples que nela se baseiam, assim como suas definições de *Constituição*: a ordenação dos poderes no Estado, e de *leis simples*: as disposições dadas em vista dessa Constituição, segundo as quais as autoridades exercem suas funções e são reprimidas as transgressões.

Jellinek lembra também que os romanos fizeram distinção semelhante, identificando a Constituição com a expressão *rem publicam constituere*.

O olhar sobre a história das Constituições de Jellinek aponta que a concepção antiga, identificadora a Constituição em seu sentido material, orientou a concepção moderna de Constituição e serviu de base para a valorização dos princípios constitucionais do Estado até mesmo nas nações que não distinguiram, do ponto de vista formal, as leis simples das normas constitucionais.

Jellinek reconhece o influxo da doutrina aristotélica desde a investigação das leis fundamentais pela teoria do direito natural, passando por Hobbes, Locke e Rousseau, até o pioneirismo das colônias americanas da Inglaterra, cujas “cartas de liberdade” consignaram os princípios fundamentais do governo e da organização administrativa.

Estas, engendrando a concepção de que a natureza do Estado se baseia numa Constituição nascida da vontade do povo, aperfeiçoaram a matriz de Aristóteles (que diferenciava os cidadãos), e influenciaram as Constituições estabelecidas na Europa a partir da França revolucionária.

Também na célebre conferência de Ferdinand Lassalle, o conceito aristotélico de Constituição está presente. Por exemplo, quando o autor afirma que os juristas definem Constituição, se numa república, como a lei fundamental proclamada pela nação, na qual se baseia a organização do direito público do país³². É certo, no entanto, que Lassalle critica esse conceito, considerando que este se

³² Lassalle, como a *Política* de Aristóteles, diferenciou concepções de Constituição conforme os diferentes regimes de governo.

ocupa do que faz ou de como se forma uma Constituição, mas não enfrenta a questão efetiva do que é uma Constituição³³.

Lassalle define Constituição como a lei fundamental de uma nação, isto é, o fundamento de outras leis, que atua e irradia-se através das leis comuns, impondo que estas sejam de determinado modo e não de outro³⁴. Trata-se de sua conceituação mais importante, materializada pelo que chama de *fatores reais de poder*: aqueles que efetivamente regem a sociedade³⁵ e se tornam instituições jurídicas – isto é, legitimam-se - quando adquirem expressão escrita em uma *folha de papel*³⁶.

Com a expressão *fatores reais de poder*, Lassalle qualifica as fontes do poder político, em regra de natureza militar e econômica, mas que eventualmente podem surgir da força popular, nelas encontrando o que chama de *essência da Constituição*.

Para ele, a verdadeira Constituição de um país tem por base os fatores reais e efetivos de poder que vigem nesse país. Assim, as Constituições escritas não terão valor nem serão duráveis a não ser que expressem os valores que imperam na realidade social³⁷. Enfim, “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder”³⁸, segundo Lassalle.

Ainda hoje é possível reconhecer a concepção aristotélica como o conceito mais elementar de Constituição e a partir dele se pode concluir que a definição e a organização dos poderes do Estado também significam sua delimitação isto é, sua limitação.

Uma mostra dessa concepção na doutrina brasileira tem-se em André Ramos Tavares observando que, em todas as suas fases sucessivas, o constitucionalismo³⁹ apresenta um traço constante, desde o início, que é a limitação

³³ LASSALLE, 1988, p. 6.

³⁴ LASSALLE, 1988, p. 10.

³⁵ LASSALLE, 1988, p. 11.

³⁶ LASSALLE, 1988, p. 19.

³⁷ LASSALLE, 1988, p. 49.

³⁸ Idem.

³⁹ O citado autor identifica “pelo menos quatro sentidos para o constitucionalismo. Numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário (Zagrebelski, p. 99). Numa segunda acepção, é identificado com a imposição de que haja cartas constitucionais escritas (ressalvando-se

do governo pelo Direito, sendo esta a nota mais antiga e, ao mesmo tempo, a mais recente, do constitucionalismo⁴⁰.

A convencional tipologia das constituições, que as classifica em formais, substanciais ou materiais, também tem como norte essa concepção. Assim, Meirelles Teixeira aponta que, do ponto de vista formal, entende-se por Constituição aquele mesmo conjunto de normas relativas ao modo de ser do Estado, agora, porém, reunidas sob forma escrita e solene, de modo a não poderem ser modificadas senão de acordo com certos processos, de valor superior aos demais processos de elaboração das normas de Direito⁴¹.

Sob a mesma orientação, Celso Bastos define Constituição, em sentido substancial, pelo conteúdo de suas normas. A Constituição, nessa acepção, procura reunir as normas que dão essência ou substância ao Estado. É dizer, aquelas que lhe conferem a estrutura, definem a competência de seus órgãos superiores e traçam limites da ação do Estado⁴².

Quanto ao aspecto material, André Ramos Tavares o identifica com os fatores reais de poder que, nos termos de Ferdinand Lassalle, regem efetivamente a sociedade e devem estar vertidos na Constituição, sob pena de esta transformar-se, do contrário, em mera “folha de papel”.

Tal aspecto é tido por Meirelles Teixeira como uma concepção sociológica de Constituição, a Constituição como *fato social*⁴³, com o que concorda Tavares, apontando que o conceito de Constituição, em sentido material, pertence ao mundo do ser, e não ao mundo do dever-ser⁴⁴.

Karl Loewenstein - p. 154 – para quem ‘a existência de uma constituição escrita não se identifica com o constitucionalismo’). Uma terceira concepção possível indica os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades (Dromi, p. 107 e s.). Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado”. In TAVARES, 2007, p. 1.

⁴⁰ TAVARES, 2007, p. 14.

⁴¹ TEIXEIRA, 1991, p.42. TAVARES (2007, pp. 63-64) complementa o conceito de Meirelles Teixeira: “há normas que, mesmo não sendo substancialmente constitucionais, são consideradas constitucionais na medida em que o são, formalmente falando”.

⁴² BASTOS, 2000, p.43.

⁴³ TEIXEIRA, 1991, p.48.

⁴⁴ TAVARES, 2007, p. 66.

Por todo o exposto, compreendemos a Constituição como sede normativa do poder e da organização do Estado, sendo, portanto, a fonte onde se devem encontrar tipificadas as atividades da administração pública.

2. A CVM na Constituição

Para um desenho da índole constitucional da CVM é necessário verificar se as atividades desenvolvidas por essa entidade devem ser consideradas, à luz da Constituição brasileira, como típicas da administração pública, vale dizer, como atividades de Estado.

As atividades da CVM estão refletidas em suas atribuições legais, as quais a lei optou por dividir entre as categorias *competência*, reunida no art. 8º, *poderes*, estabelecidos nos artigos 9º a 11, e *deveres*, especificados nos artigos 12 e 13, todos da Lei nº 6.385/76. Reproduzimos o inteiro teor de tais dispositivos para dar uma ideia plena de sua extensão e magnitude:

Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários: I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações; II - administrar os registros instituídos por esta Lei; III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados; IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado; V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório. § 1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados. § 2º Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal. § 3º Em conformidade com o que dispuser seu regimento, a Comissão de Valores Mobiliários poderá: I - publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados; II - convocar, a seu juízo, qualquer pessoa que possa contribuir com informações ou opiniões para o aperfeiçoamento das normas a serem promulgadas.

Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2º do art. 15, poderá: I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de

qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos: a) das pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários (Art. 15); b) das companhias abertas e demais emissoras de valores mobiliários e, quando houver suspeita fundada de atos ilegais, das respectivas sociedades controladoras, controladas, coligadas e sociedades sob controle comum; c) dos fundos e sociedades de investimento; d) das carteiras e depósitos de valores mobiliários (Arts. 23 e 24); e) dos auditores independentes; f) dos consultores e analistas de valores mobiliários; g) de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, quando da ocorrência de qualquer irregularidade a ser apurada nos termos do inciso V deste artigo, para efeito de verificação de ocorrência de atos ilegais ou práticas não equitativas; II - intimar as pessoas referidas no inciso I a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 11; III - requisitar informações de qualquer órgão público, autarquia ou empresa pública; IV - determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas; V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado; VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal. § 1º Com o fim de prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a Comissão poderá: I - suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores; II - suspender ou cancelar os registros de que trata esta Lei; III - divulgar informações ou recomendações com o fim de esclarecer ou orientar os participantes do mercado; IV - proibir aos participantes do mercado, sob cominação de multa, a prática de atos que especificar, prejudiciais ao seu funcionamento regular. § 2º O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão. § 3º Quando o interesse público exigir, a Comissão poderá divulgar a instauração do procedimento investigativo a que se refere o § 2º. § 4º Na apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, a Comissão deverá dar prioridade às infrações de natureza grave, cuja apenação proporcione maior efeito educativo e preventivo para os participantes do mercado. § 5º As sessões de julgamento do Colegiado, no processo administrativo de que trata o inciso V deste artigo, serão públicas, podendo ser restringido o acesso de terceiros em função do interesse público envolvido. § 6º A Comissão será competente para apurar e punir condutas fraudulentas no mercado de valores mobiliários sempre que: I - seus efeitos ocasionem danos a pessoas residentes no território nacional, independentemente do local em que tenham ocorrido; e II - os atos ou omissões relevantes tenham sido praticados em território nacional.

Art. 10. A Comissão de Valores Mobiliários poderá celebrar convênios com órgãos similares de outros países, ou com entidades internacionais, para assistência e cooperação na condução de investigações para apurar transgressões às normas atinentes ao mercado de valores mobiliários ocorridas no País e no exterior. § 1º A Comissão de Valores Mobiliários poderá se recusar a prestar a assistência referida no *caput* deste artigo quando houver interesse público a ser resguardado. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, às informações que, por disposição legal, estejam submetidas a sigilo.

Art. 10-A. A Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e demais órgãos e agências reguladoras poderão celebrar convênio com entidade que tenha por objeto o estudo e a divulgação de princípios, normas e padrões de contabilidade e de auditoria, podendo, no exercício de suas atribuições regulamentares, adotar, no todo ou em parte, os pronunciamentos e demais orientações técnicas emitidas. Parágrafo único. A entidade referida no caput deste artigo deverá ser majoritariamente composta por contadores, dela fazendo parte, paritariamente, representantes de entidades representativas de sociedades submetidas ao regime de elaboração de demonstrações financeiras previstas nesta Lei, de sociedades que auditam e analisam as demonstrações financeiras, do órgão federal de fiscalização do exercício da profissão contábil e de universidade ou instituto de pesquisa com reconhecida atuação na área contábil e de mercado de capitais.

Art. 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades: I - advertência; II - multa; III - suspensão do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI - cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VII - proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; VIII - proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários. § 1º - A multa não excederá o maior destes valores: I - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); II - cinquenta por cento do valor da emissão ou operação irregular; ou III - três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito. § 2º Nos casos de reincidência serão aplicadas, alternativamente, multa nos termos do parágrafo anterior, até o triplo dos valores fixados, ou penalidade prevista nos incisos III a VIII do *caput* deste artigo. § 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do *caput* deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários. § 4º As penalidades somente serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2º do art. 9º desta Lei, cabendo recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. § 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos. § 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. § 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. § 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a

aplicação das penalidades cabíveis. § 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade. § 10. A Comissão de Valores Mobiliários regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 5º a 9º deste artigo aos procedimentos conduzidos pelas Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. § 11. A multa cominada pela inexecução de ordem da Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do inciso II do **caput** do art. 9º e do inciso IV de seu § 1º não excederá a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) por dia de atraso no seu cumprimento e sua aplicação independe do processo administrativo previsto no inciso V do **caput** do mesmo artigo. § 12. Da decisão que aplicar a multa prevista no parágrafo anterior caberá recurso voluntário, no prazo de dez dias, ao Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, sem efeito suspensivo.

Art. 12. Quando o inquérito, instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal.

Art. 13. A Comissão de Valores Mobiliários manterá serviço para exercer atividade consultiva ou de orientação junto aos agentes do mercado de valores mobiliários ou a qualquer investidor. Parágrafo único. Fica a critério na Comissão de Valores Mobiliários divulgar ou não as respostas às consultas ou aos critérios de orientação.

Inobstante a extensão do conjunto de atribuições da CVM, sua acolhida pela Constituição de 1988 se mostra amplamente reconhecida pela sociedade, passados 39 anos da criação da entidade e 27 da promulgação da Carta.

No mais, sendo a Constituição cronologicamente posterior à lei que criou a CVM, trata-se de mais um exemplo de *recepção* em nosso ordenamento, fundada no art. 174 da Constituição de 1988, que diz:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesse dispositivo se encontra o comando que dá substrato constitucional à existência e à atuação da CVM previstas em lei: o que aponta *o Estado como agente regulador da atividade econômica, função* que, como expressa o referido artigo, encerra atividades de normatização e fiscalização que a lei está autorizada a conformar.

Para especificá-lo ao caso da CVM, impõe-se uma compreensão mais genérica de tal comando, que ora extraímos de considerações teóricas acerca de seus elementos *função, regulação e atividade econômica* e de diferentes olhares da doutrina pátria dirigidos à ordem econômica constitucional brasileira onde este se insere.

Função

Na obra “Direito, Conceitos e Normas Jurídicas”, Eros Grau⁴⁵ define *função* como um *poder* que se exerce, não por interesse próprio ou exclusivamente próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo, sendo a função administrativa um de seus exemplos típicos.

Assim, a autoridade pública, enquanto tal, não é titular de direitos que se possa individualmente arrogar, cumprindo-lhe o exercício de função pública, ou seja, o dever de prover a realização de interesses alheios.

Para tanto, o ordenamento lhe confere determinados poderes. Logo, a função pública é antes expressão de um dever-poder do que de um poder-dever. O poder é atribuído ao seu titular como meio para a realização do dever que lhe incumbe⁴⁶.

Ao caracterizar a função pública como um poder-dever, o autor nos apresenta os primeiros elementos essenciais para uma compreensão do contorno constitucional que envolve as atribuições legais da CVM, vale dizer, sua extensão e limites, materialmente constitucionais.

Nesse contexto, cabem rápidas referências a corroborar o conceito de poder-dever adotado pelo autor.

⁴⁵ GRAU, 1988, p. 107.

⁴⁶ GRAU, 1988, p. 108.

Por exemplo, para Hely Lopes Meirelles, o *poder* tem para o agente público o significado de *dever* para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo⁴⁷.

No mesmo sentido, proclamou o extinto Tribunal Federal de Recursos que “o vocábulo *poder* significa *dever* quando se trata de atribuições de autoridades administrativas”⁴⁸.

Análoga é a doutrina de Carlos Maximiliano, que sustenta: “em regra, *para a autoridade*, que tem a prerrogativa de ajuizar, por alvedrio próprio, da oportunidade e dos meios adequados para exercer as suas atribuições, o *poder* se resolve em *dever*”⁴⁹.

Celso Antônio Bandeira de Mello trilha caminho semelhante ao de Eros Grau quando diz que a “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem jurídica”⁵⁰. Recua, no entanto, ao conceito jurídico indeterminado de interesse público que, como já reputamos – com o auxílio do autor, inclusive –, é de ser determinado pela Constituição, ou à sua luz deduzido.

Mas Mello enriquece a compreensão do contorno constitucional da CVM ao distinguir as funções do Estado entre legislativas, jurisdicionais e administrativas, definindo a última como função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce – normalmente o Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares e, atipicamente, órgãos de outros Poderes – na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que, no sistema constitucional brasileiro, é desempenhada mediante atos infralegais ou infraconstitucionais submissos, como não poderia deixar de ser, ao controle do Poder Judiciário⁵¹.

Note-se que Mello distingue a função administrativa basicamente por quem a exerce - é a função típica do Poder Executivo. Adota, assim, um critério orgânico

⁴⁷ MEIRELLES, 2009, p. 107.

⁴⁸ TFR, RDA 28/187; JTJSP-Lex 197/79.

⁴⁹ MAXIMILIANO, 2005, p. 222.

⁵⁰ MELLO, 2012, p. 29.

⁵¹ MELLO, 2012, p. 36.

ou subjetivo⁵² que ele mesmo considerara insatisfatório, dada a inexistência de correspondência absoluta entre os órgãos e as respectivas funções que lhes são ordinariamente atribuídas⁵³.

É possível justificar-se a aparente incongruência com os dizeres de uma nota colhida na mesma obra, segundo a qual “a doutrina assinala que a função mais difícil de ser conceituada é a função administrativa, pela grande heterogeneidade das atividades que nela se compreendem”⁵⁴.

De todo modo, essas considerações incluiriam as funções da CVM entre as funções administrativas, vez que se trata, como já anotado, de autarquia vinculada a órgão do Poder Executivo.

Contudo, ao condicionar o exercício da função administrativa a uma estrutura hierárquica, Mello parcialmente rejeita o modelo adotado pela lei, que considera a CVM uma autarquia em regime especial, dotada de personalidade jurídica, patrimônio próprio, autonomia financeira e autoridade administrativa independente, vinculada, mas não subordinada, ao Ministério da Fazenda⁵⁵.

A propósito, Hely Lopes Meirelles⁵⁶ distingue subordinação de vinculação administrativa, pois a primeira decorre do poder hierárquico, admitindo todos os meios de controle do superior sobre o inferior, e a segunda resulta do poder de supervisão ministerial sobre a entidade vinculada, sendo exercida nos limites que a lei estabelecer e sem suprimir a autonomia conferida ao ente supervisionado.

De fato, a vinculação administrativa era prevista já no Decreto-Lei 200/67⁵⁷, ao que se acrescenta lição de Di Pietro apontando que as autarquias estão sujeitas à tutela ou controle administrativo, exercido pelo Ministério a que se acham vinculadas, ao controle exercido pelo Congresso Nacional, previsto no art. 49, X,

⁵² MELLO, 2012, p. 32.

⁵³ MELLO, 2012, p. 33.

⁵⁴ MELLO, 2012, p. 29.

⁵⁵ Cf. artigo 5º da Lei nº 6.385/76.

⁵⁶ MEIRELLES, 2009, p. 125.

⁵⁷ Cf. art. 20 e seu § único do DL 200/67, *in verbis*: “Art. 20. O Ministro de Estado é responsável, perante o Presidente da República, pela supervisão dos órgãos da Administração Federal enquadrados em sua área de competência. Parágrafo único. A supervisão ministerial exercer-se-á através da orientação, coordenação e controle das atividades dos órgãos subordinados ou vinculados ao Ministério, nos termos desta lei” – (sic).

da Constituição Federal e não podem escapar à “direção superior da administração federal” prevista no art. 84, II da Carta mas, “como autarquias de regime especial, os seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo”⁵⁸.

Com tal assertiva, a autora especifica o poder que faria de algumas autarquias *especiais*, como a CVM. Assim, o que as distinguiria das demais autarquias é que seus atos não podem ser revistos ou alterados pelo Poder Executivo.

Mais preocupado em guardar estrita fidelidade às hipóteses legais, Hely Lopes Meirelles é mais genérico em suas ponderações sobre as autarquias especiais.

Nota o autor que as leis se referem a autarquias de regime especial sem expor o significado dessa adjetivação. Diante de tamanha lacuna, Hely deduz que autarquia de regime especial é aquela a que a lei instituidora confere privilégios específicos e aumenta sua autonomia comparativamente às autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública.

Reforça tal entendimento a afirmação categórica de Caio Tácito, segundo a qual nem a lei orgânica da Administração Pública Federal (refere-se ao Decreto-lei 200/67), nem qualquer outra, estabeleceu diferenciação entre autarquias comuns e autarquias de regime especial⁵⁹.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰ lembra que, originalmente, a categoria de autarquias especiais, ou sob regime especial, era reservada às universidades, que desfrutavam de um teor de independência administrativa, em relação aos poderes controladores exercidos pelos órgãos da Administração direta, mais acentuado que o da generalidade dos sujeitos autárquicos.

Isto seria decorrência tanto da legislação de ensino, em nome da liberdade de pensamento e orientação pedagógica, quanto da circunstância de seus dirigentes máximos serem escolhidos mediante consulta à comunidade universitária e para o

⁵⁸ DI PIETRO, 2009, p. 470.

⁵⁹ TÁCITO, 1981, p. 6.

⁶⁰ MELLO, 2012, p. 173.

exercício de mandatos a prazo certo, minimizando-se interferências externas ao meio universitário.

De fato, trata-se de fenômeno que encontra base constitucional no art. 207 da Carta de 1988, que estatui: “As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão”.

Enfim, o que posiciona uma autarquia como de regime especial, além da expressa indicação da lei, são as prerrogativas que a lei criadora lhe confere para o pleno desempenho de suas finalidades específicas. Assim, são autarquias de regime especial o Banco Central do Brasil (Lei 4.595/64), a Comissão Nacional de Energia Nuclear (Lei 4.118/62), a Universidade de São Paulo (Decreto-lei 13.855/44 e Decretos 52.326/69 e 52.906/72), a CVM e todas as entidades mais recentemente criadas pelo Estado sob a denominação de agências reguladoras.

Não é demais lembrar, contudo, que qualquer ato praticado pelas autarquias especiais pode ser revisto pelo Poder Judiciário, por força da norma do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, em cujos termos “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tal dispositivo contempla a adoção, pelo direito brasileiro, do sistema de unidade de jurisdição, diferenciando-nos dos países que seguem o direito francês e adotam o sistema de dualidade de jurisdição, o qual admite, ao lado da jurisdição comum, uma jurisdição administrativa com competência para dirimir, com força de coisa julgada, conflitos envolvendo a Administração Pública - possibilidade que não existe em nosso ordenamento⁶¹.

Regulação

Pelo exposto até aqui, é de se esperar que a regulação, enquanto função pública, esteja vinculada à busca do interesse público que, por sua vez, é informado pela Constituição.

⁶¹ DI PIETRO, 2009, p. 470.

Com esse sentido, o conceito de regulação foi objeto da atenção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶². Ao defender a sobrevivência do princípio da supremacia do interesse público ante os ideais do neoliberalismo, a autora recorreu a Vital Moreira definindo regulação como “o estabelecimento e a implementação de regras para a atividade econômica, destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”, ao que Di Pietro acrescentou que “embora o autor considere apenas a regulação econômica, ele introduz no conceito a presença dos objetivos públicos”.

Partindo da definição de Vital Moreira, consideramos a regulação da atividade econômica como um meio para se atingir o interesse público. Nem o funcionamento equilibrado da economia seria, em si, o fim último da regulação, mas apenas mais um estágio dessa busca, à qual ambos devem legitimidade.

Isto é, tanto a regulação como o funcionamento equilibrado da economia só são legítimos enquanto servem ao interesse público, devendo ser corrigidos sempre e na medida em que afastarem a economia dos ideais de interesse público, constitucionalmente estabelecidos.

Estes representam um conjunto de objetivos que inclui, mas não se restringe a resultados econômicos satisfatórios ou, melhor dizendo, os resultados econômicos só devem ser considerados satisfatórios se atenderem aos princípios basilares da ordem econômica constitucional, os quais incluem a valorização do trabalho humano e a justiça social.

Não por acaso, Maria Sylvia aponta uma limitação no conceito de Vital Moreira, afirmando que, quando se tem em mente a regulação social, o conceito de regulação econômica não se adapta inteiramente, porque a finalidade da primeira não seria de ordem estritamente econômica.

Assim, nos casos em que a regulação abrange a fixação de regras de conduta e controle nas áreas de saúde, ensino, assistência social, etc., seu objetivo é mais

⁶² DI PIETRO, 2004, p. 71.

amplo, pois envolve a organização de vários aspectos da vida social, tendo sempre o interesse público como norte.

É possível que a limitação vislumbrada por Di Pietro se explique pelo condicionamento da regulação econômica brasileira aos preceitos da livre iniciativa e do livre mercado, pressupostos do sistema capitalista de produção. Mas, à medida que tal modelo foi expressamente adotado pela Constituição, forçoso reconhecer que este também se inclui no ideário de interesse público conformado pela Carta.

Calixto Salomão Filho⁶³ aprofunda a discussão acerca da regulação. Lembra, em sua obra de 2008, que os poucos trabalhos, até então, a utilizar o termo “regulação” e estudá-lo no sentido material eram de endereço eminentemente prático e centravam-se em questões como o funcionamento das agências reguladoras e conflitos de competência entre estas e órgãos de defesa da concorrência⁶⁴.

Já no plano teórico, o termo é relacionado pelos administrativistas à regulação dos serviços públicos⁶⁵. Já pelo direito econômico, foi alçado a uma perspectiva teórica mais ampla, sendo utilizado para reconstruir algumas das escolas daquele ramo⁶⁶ e mesmo na desconstrução do próprio conceito de regulação, quando vinculado às tendências neoliberais desregulatórias⁶⁷.

O autor enxerga, no Brasil, a carência de uma teoria geral da regulação, e aponta para tanto uma razão jurídica, derivada da tradicional concepção de Estado como agente de duas funções diametralmente opostas: a ingerência direta na vida econômica e a fiscalização dos particulares.

Em tal concepção, a prestação de serviços públicos, de um lado, e a vigilância do mercado, pelo exercício do poder de polícia, de outro, representariam a totalidade das funções que o Estado poderia exercer sobre a economia.

⁶³ SALOMÃO FILHO, 2008, pp. 19.

⁶⁴ MOURA ROCHA, 1988, pp. 85-92; MATTOS e COUTINHO, 1999, pp. 71 e segs.; OLIVEIRA e PEREIRA NETO, pp. 311 e segs.

⁶⁵ MEIRELLES, 2007, p. 334; DI PIETRO, 1997, pp. 52-53.

⁶⁶ NUSDEO, 1995, cap. 2.

⁶⁷ GRAU, 2005, pp. 132-133.

Ora, num mundo em que a esfera privada e a esfera estatal eram vistas em total dicotomia, não haveria porque descrever da precisão de tal análise, própria da perspectiva do direito administrativo.

A regulação passa a ter importância quando o Estado decide abdicar da intervenção econômica direta para dedicar-se à função de organizador das relações sociais e econômicas, tornando insuficiente um mero e passivo exercício de poder de polícia sobre os mercados.

Mas em que consiste esse poder de polícia e em que medida ele se diferencia do poder regulatório? Salomão Filho não o define, cabendo aos administrativistas completá-lo.

Celso Antônio Bandeira de Mello faz reservas à expressão *poder de polícia*, embora a utilize com vigor, a ponto de com ela denominar e dedicar-lhe todo um capítulo de seu *Curso*⁶⁸. Lá, contudo, qualifica a expressão de “equivoca” e “infeliz”, por abranger num único nome coisas distintas, submetidas a regimes de inconciliável diversidade: leis e atos administrativos, disposições superiores e providências subalternas.

Para esse autor, a abrangência peca por sugerir que a Administração Pública reuniria poderes que na verdade não tem, pois, sob o regime de Estado de Direito, esta nada pode fazer senão atuar com base em lei, que lhe confere poderes a serem exercidos nos estritos termos e forma por ela estabelecidos.

Tamanha confusão se daria porque a expressão *poder de polícia* evoca uma época pretérita - a do “Estado de Polícia”, predecessor do Estado de Direito - trazendo consigo a presunção de prerrogativas dantes existentes em prol do “príncipe” e que se fariam comunicar inadvertidamente ao Poder Executivo.

Com efeito, Bandeira de Mello aponta que, ultimamente, na maioria dos países europeus (excetuada a França), o tema é tratado sob a titulação “limitações administrativas à liberdade e à propriedade” e não mais sob o rótulo “poder de

⁶⁸ MELLO, 2012, pp. 836 e segs. Em regra, os administrativistas brasileiros seguem o mesmo padrão. DI PIETRO, 2009, também tem um capítulo com esse nome (pp. 114 e segs.). MEIRELLES, 2009, dedica ao tema uma seção do capítulo que examina os *Poderes Administrativos* (pp. 118 e segs.).

polícia”. Ainda assim, este persiste largamente utilizado no Brasil, razão porque o autor dele se serve para identificar “as leis condicionadoras da liberdade e da propriedade” e “os atos administrativos pelos quais se procede a suas concreções”⁶⁹.

As críticas de Bandeira de Mello à expressão poder de polícia não se devem propriamente a esta, e sim à sua interpretação, que a enxerga como atributo exclusivo do Poder Executivo e não do Estado como um todo. Não se verifica tal entendimento em outros autores da mesma escola que também recorrem às vertentes históricas do conceito.

José Cretella Júnior, por exemplo, identifica na Idade Média um precursor do moderno poder de polícia: o poder detido pelo príncipe durante o período feudal, conhecido como *jus politiae*⁷⁰, que designava tudo o que era necessário à *boa ordem da sociedade civil* sob a autoridade do Estado, em contraposição à *boa ordem moral e religiosa*, de competência exclusiva da autoridade eclesiástica⁷¹.

Já Di Pietro⁷² acrescenta que, em fins do século XV, o *jus politiae* designava, na Alemanha, toda a atividade do Estado, que compreendia poderes amplos, permitindo ao príncipe interferir na vida privada dos cidadãos, incluída a vida religiosa e espiritual, mas sob o pretexto de alcançar a segurança e o bem estar coletivo.

O primeiro exemplo denota que, já em seus primórdios, o poder de polícia não era, por assim dizer, absoluto, mas partilhado pelo príncipe e a igreja. Assim, se não era submetido a um controle externo, ao menos em alguma medida esse poder era limitado, dada sua divisão entre duas entidades independentes entre si e com poderes equivalentes.

Vistos em conjunto ambos os exemplos, notamos que o fundamento para o exercício do poder de polícia - a boa ordem da sociedade, civil ou religiosa, o bem

⁶⁹ MELLO, 2012, p. 838.

⁷⁰ O vocábulo *polícia* se origina do grego *politeia*, sendo utilizado para designar as atividades da cidade-estado (*polis*). Cf. DI PIETRO, 2009, p. 115.

⁷¹ CRETILLA JÚNIOR, 1986, p. 578.

⁷² DI PIETRO, 2009, pp. 115-116.

estar coletivo - ainda que meramente retórico, era externo ao interesse dos seus detentores.

Temos aqui, portanto, um prenúncio do princípio da predominância do interesse público sobre o particular que, atualmente, conforme a teoria administrativista, confere à Administração Pública uma posição de supremacia sobre os administrados, fundamentando seu poder de polícia⁷³.

O estágio seguinte da evolução do conceito, na lição de Di Pietro, é marcado pela distinção entre polícia e justiça: a primeira compreendia normas baixadas pelo príncipe, relativas à Administração e aplicadas sem possibilidade de apelo dos indivíduos aos Tribunais; a segunda compreendia normas que ficavam fora da ação do príncipe, sendo aplicadas pelos juízes.

O direito de polícia dos príncipes foi sofrendo, paulatinamente, restrições em seu conteúdo, deixando de alcançar, primeiro as atividades eclesiásticas, depois as militares e financeiras, até se reduzir a normas relativas à atividade interna da Administração, e a ideia de polícia passou a ser vinculada à ideia de coação, dando contornos nítidos à distinção entre a atividade de polícia e as demais atividades administrativas, como as de serviço público⁷⁴.

Eis um resumo da fase a que Bandeira de Mello se referiu como “Estado de Polícia”, caracterizado pelo *jus politicae*, uma série de normas postas pelo príncipe que se colocavam fora do alcance dos Tribunais.

Com o advento do Estado de Direito, inaugura-se nova fase em que já não se aceitam leis a que o príncipe não se submeta. Seu princípio mais básico é precisamente o da legalidade, em consonância com o qual o próprio Estado se submete às leis por ele postas.

Num primeiro momento, o Estado de Direito desenvolveu-se baseado no ideário do liberalismo, cuja preocupação era assegurar ao indivíduo direitos

⁷³ DI PIETRO, 2009, p. 115.

⁷⁴ FALLA, 1962, pp. 113-115.

subjetivos, em especial a liberdade. Por consequência, tudo o que significasse interferência nessa liberdade deveria ter caráter excepcional.

A regra era o livre exercício dos direitos individuais, primeiramente previstos nas Declarações Universais de Direitos e depois transpostos para as Constituições; a atuação estatal constituía exceção, só podendo limitar o exercício dos direitos individuais para assegurar a ordem pública. A polícia administrativa era essencialmente uma polícia de segurança.

Um segundo momento se inicia quando o Estado liberal começa a se transformar num Estado intervencionista. A partir de então, sua atuação não se limita mais à segurança e passa a estender-se também à ordem econômica e social.

Dessa evolução histórica, Di Pietro extrai dois conceitos para o vocábulo poder de polícia. Um conceito clássico, ligado à concepção liberal do século XVIII, segundo o qual o poder de polícia compreendia a atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança, e um conceito moderno, adotado no direito brasileiro, de que o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público.

O ordenamento brasileiro oferece um conceito legal de poder de polícia no art. 78 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66 - CTN):

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, **à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público**, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Parágrafo único. **Considera-se regular o exercício do poder de polícia** quando desempenhado pelo órgão competente **nos limites da lei aplicável**, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder” – grifamos.

Essa conceituação legal cai bem ao CTN na medida em que, à luz do Sistema Tributário Nacional constitucionalmente estabelecido, o exercício do poder de polícia se constitui em fato gerador de um tributo, a taxa⁷⁵.

Tome-se como exemplo a taxa de fiscalização da CVM, criada pela Lei nº 7.940/89, nos seguintes termos: “Art. 1º Fica instituída a Taxa de Fiscalização do mercado valores mobiliários. Art. 2º Constitui fato gerador da Taxa o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM”.

Ao qualificar a atividade da CVM como exercício de poder de polícia, essa iniciativa do legislador ordinário, analisada à luz das considerações teóricas expostas até aqui, reconhece na atividade da CVM o caráter constitucional de atividade típica de Estado.

A corroborar tal assertiva, a Taxa de Fiscalização da CVM teve sua constitucionalidade confirmada pela Súmula do STF nº 665, de 24.09.2003, que estabeleceu: “é constitucional a Taxa de Fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários instituída pela Lei 7.940/89”.

A Lei nº 7.940/89 é, ademais, um exemplo de poder de polícia exercido comumente pelos Poderes Legislativo e Executivo, como requer o regime de Estado de Direito⁷⁶ e o princípio da legalidade⁷⁷ que veda à Administração Pública impor obrigações ou proibições, senão em virtude de lei.

⁷⁵ Ao ensejo, diz a Constituição de 1988: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...)II - **taxas, em razão do exercício do poder de polícia** ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (...)”. No mesmo sentido, o CTN: “Art. 77. **As taxas** cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, **têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia**, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (grifos nossos).

⁷⁶ O Estado de Direito é consagrado já no art. 1º da Constituição Brasileira: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”.

⁷⁷ O princípio da legalidade é expresso pela Constituição de 1988 no rol das garantias fundamentais, na forma do inciso III de seu art. 5º: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”.

Não por outro motivo, para Di Pietro, quando se diz que o poder de polícia é a faculdade de limitar o exercício de direitos individuais, está-se pressupondo que essa limitação seja prevista em lei⁷⁸.

Ora, o Poder Legislativo, no exercício do poder de polícia que incumbe ao Estado, cria, por lei, limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas. Já a Administração Pública, no exercício da parcela que lhe é outorgada desse mesmo poder, regulamenta as leis (por meio de atos normativos infralegais) e controla sua aplicação, preventivamente (por meio de ordens, notificações, licenças ou autorizações) ou repressivamente (mediante a imposição de medidas coercitivas).

Nesse preciso sentido, o *caput* do artigo 78 do CTN define poder de polícia como atividade da administração pública e, em seu parágrafo único, considera regular o exercício do poder de polícia apenas quando desempenhado nos limites da lei.

Note-se, ainda, que a bipartição no exercício do poder de polícia também é reconhecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando sua doutrina confere dois sentidos, um amplo e um estrito, ao vocábulo.

Com efeito, Bandeira de Mello ensina que a expressão poder de polícia, se tomada no sentido amplo, abrange tanto atos do Legislativo quanto do Executivo, referindo-se, pois, ao complexo de medidas do Estado que delinea a esfera juridicamente tutelada da liberdade e da propriedade dos cidadãos.

Quando tomada em seu sentido estrito, abarca unicamente as intervenções do Poder Executivo, tanto gerais e abstratas - como os regulamentos - quanto concretas e específicas - como as autorizações, licenças e injunções - sempre destinadas a prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais⁷⁹.

⁷⁸ DI PIETRO, 2009, p. 117.

⁷⁹ MELLO, 2012, p. 838.

Desse modo, o sentido amplo dado por Bandeira de Mello à expressão poder de polícia se presta a afastar a hipótese, que o próprio autor levantara, de se considerar o poder de polícia como atribuição exclusiva da Administração Pública, conquanto identificada especificamente com o Poder Executivo⁸⁰.

Mas o mais importante é que as definições de poder de polícia trazidas pela doutrina de Bandeira de Mello, quando agregadas, aproximam o conceito de poder de polícia do conceito de regulação ao ponto de deixar pouco espaço para distingui-los - a não ser que se extirpasse do último a ideia de regulação social a que se referiu Di Pietro e com ele se identificasse apenas a regulação econômica que, assim, não seria muito mais do que o poder de polícia aplicado às atividades econômicas.

Na busca dessa distinção, retomamos as considerações de Calixto Salomão Filho⁸¹. Este aponta para a necessidade do desenvolvimento, no Brasil, de uma teoria jurídica da regulação para fazer frente à influência que a teoria econômica da regulação, de origem marcadamente norte-americana, exerceu sobre a formulação do modelo brasileiro de organização dos setores privatizados nos anos 90.

⁸⁰ Ressalte-se que a Constituição Brasileira não vincula a expressão *Administração Pública* apenas ao Poder Executivo. Em seu art. 37, refere-se à “Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios...”. Fenômeno semelhante se observa no inciso I do § 5º de seu art. 165, que se refere “aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta...”. A doutrina pátria, por sua vez, vale-se novamente do recurso à ramificação de sentidos para enfrentar a questão. Assim, Hely Lopes Meirelles (2009, p. 65) diz que Administração Pública “em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do *Governo*”, expressão plenamente identificada com o Poder Executivo. Já “em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral”, e “em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 49) diz que “são dois os sentidos em que se utiliza mais comumente a expressão Administração Pública: em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa; em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo. Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 953) trata a Administração Pública como circunscrita ao Poder Executivo, pois, quando menciona os *controles interno e externo* a que esta se submete, estabelece que “*interno* é o controle exercido pelos órgãos da própria Administração, isto é, integrantes do aparelho do Poder Executivo” e “*externo* é o efetuado por órgãos alheios à Administração”. Essa visão mais restritiva de Celso Antônio lhe permitiu afirmar que a expressão *poder de polícia* “leva, algumas vezes, a reconhecer à Administração poderes que (lhe) seriam inconcebíveis no Estado de Direito” (2012, p. 837). O presente trabalho trata as *atividades da Administração Pública* genericamente como *atividades de Estado* (exemplo na pág. 17, acima), mas também utiliza a expressão *Administração Pública* no sentido que nos parece mais comum, qual seja, o que a identifica com o Poder Executivo.

⁸¹ SALOMÃO FILHO, 2009, pp. 21-26.

Salomão Filho adverte que a febre das agências reguladoras por que passou o país, e a crença no poder dessas agências de corretamente organizar as relações econômicas nos setores regulados, invocam uma concepção econômica liberal da função da regulação cujas consequências e perigos precisam ser devidamente reconhecidos e avaliados.

Com esse intuito, Salomão Filho confere ao termo *regulação* uma definição abrangente e binucleada, acolhendo, num único conceito, as duas escolas que mais influenciam a realidade política e jurídica que atualmente envolvem a questão no Brasil: para ele, *regulação é toda forma de organização da atividade econômica realizada por intervenção do Estado, seja através da concessão de serviço público ou do exercício de poder de polícia*⁸².

Partindo desse conceito, o autor faz uma análise comparativa do modelo de concessões, que ora se pratica no país, com o instituto do poder de polícia, expressamente previsto na lei e extensamente tratado na doutrina administrativista brasileiras, dado que ambos, mesmo divergindo, estão presentes em nossa política de regulação.

Destaca o autor, de início, a origem histórica distinta entre ambos: o poder de polícia nascendo, com a forma atual, no Estado Liberal do século XIX, como resultado da crença de que o Estado pode regular a economia com uma atuação passiva, de limitação da liberdade dos particulares; e a concessão de serviços públicos ganhando destaque no início do século XX, com o Estado Social, constatada a impossibilidade de o Estado realizar diretamente todos os serviços.

Para Salomão Filho, essa origem histórica diversa prenuncia os problemas manifestos na atualidade: de um lado, a concepção liberal e passiva do poder de polícia não sendo suficiente para atender às necessidades de sistemas econômicos com imperfeições estruturais, como são as modernas economias capitalistas. De outro, o regime de concessão de serviço público enfrentando uma imperfeição de fundo quase insolúvel, pois assenta suas bases na crença de que seria possível transformar agentes privados em agentes do interesse público.

⁸² SALOMÃO FILHO, 2009, p. 21.

Embora, com essa crítica, o autor tenha em mente justificar sua própria teoria de regulação, sua iniciativa merece ser, desde logo, reverenciada por uma contribuição teórica relevante, que é a identificação e a classificação das escolas que influenciam a prática e o pensamento brasileiros voltados ao tema. São elas a *Escola do Interesse Público* e a *Escola Neoclássica* da regulação.

A *Escola do Interesse Público* é caracterizada por considerar que o objetivo primordial da regulação é a busca do interesse público, sem se preocupar com a preservação do mercado. Seu problema, segundo Calixto, é a definição de interesse público ser multifacetada – ora política, ora econômica – e imprecisa. O autor duvida mesmo da existência de um conceito de interesse público coerente o suficiente para direcionar a intervenção do Estado na economia.

O enfrentamento dessa dificuldade depende, portanto, de um raciocínio jurídico apto a extrair da Constituição uma ideia clara e consistente de interesse público: não por acaso, uma das premissas do presente artigo.

Para Salomão Filho, no entanto, o ponto de vista da Escola do Interesse Público se mostra limitado ante o desafio de analisar-se o regime de concessões de serviços públicos que hoje vigora no Brasil.

Vale considerar, contudo, que tal limitação dessa escola pode se dever, não à crença, mas à imprevisão de que agentes privados um dia teriam que assumir o papel de perseguidores do interesse público.

Remanesce, então, a hipótese de que os agentes privados possam ser, não controlados, mas orientados pelo direito público, por via da regulação, sem que seja necessário torná-los eles próprios agentes públicos.

Já a *Escola Neoclássica* da regulação, também designada genericamente por *Escola Econômica*, tem como pontos fundamentais (i) a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e (ii) a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação.

Orientada pelo neoclacismo, essa escola se pauta na crença de que a teoria econômica pode prever os resultados e indicar os fins da atividade econômica, servindo a regulação apenas como substituto do mercado. Por conseguinte, o

regulador deve ser capaz de reproduzir um mercado em laboratório, a partir dos gráficos de oferta e demanda.

Exemplo emblemático da doutrina produzida por essa escola é o artigo de H. Demsetz, “Why regulate utilities”⁸³ que, cético em relação à regulação, sugere que esta sirva como proteção à indústria, e não a qualquer motivo de interesse público. Baseada numa crença cega no mercado, para tal teoria a regulação só é necessária se não existir solução de mercado mais eficiente.

Essa ideia orientou os movimentos desregulatórios tornados hegemônicos nos mercados financeiros ocidentais a partir dos anos oitenta e que têm sido relacionados à crise econômica global vivida em nossos dias⁸⁴.

Finalmente, Salomão Filho propõe a sua teoria da regulação. Nela, evita o conceito de interesse público - para ele *tormentoso* - identificando o significado e o conteúdo da função do Estado regulador a partir de um movimento inverso, isto é, a partir do que não pode estar sujeito às regras de mercado. Ao adotar esse caminho, o autor muito contribui com nossa busca da definição jurídica de interesse público.

Seu critério procura, basicamente, distinguir as atividades econômicas que devem e as que não devem ser reguladas. Por ele, toda vez que determinada atividade econômica tiver externalidades⁸⁵ sociais, sejam positivas ou negativas, o mercado não será um elemento organizador eficiente, pois nesses casos não será capaz de compensá-las ou recompensá-las.

O autor não se furta de posicionar politicamente sua teoria, afirmando-a contrária aos pressupostos neoliberais e de objetivo francamente redistributivo. Em seu âmbito, pouco importa se o resultado final será um aumento ou decréscimo da

⁸³ DEMSETZ, 1988, pp. 267 e segs.

⁸⁴ Aqui a referência não é bibliográfica, mas cinematográfica: “Inside Job”, de 2010, realizado nos EUA por Charles Ferguson. Ganhou o *Oscar* de melhor documentário em 2011.

⁸⁵ Explica o autor: “Há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica) mas, sim, os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social, externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo”. SALOMÃO FILHO, 2008, pp. 33-34.

riqueza global (Pareto) ou, ainda, que exista uma possibilidade teórica de compensação (Kaldor-Hicks).

O que importaria é a existência de uma relevância social na atividade a ponto de não poder ser prestada por particulares sem efeitos distributivos perversos - o autor cita como exemplos a educação e a saúde. Nessas áreas sensíveis, geradoras de externalidades sociais por natureza, seria inviável a participação do particular, cabendo, outrossim, a intervenção direta do Estado.

Quanto aos setores que não necessitam permanecer sob a tutela direta do Estado, considera o autor que é com relação a eles, e só a eles, que se coloca a questão do fundamento jurídico e da forma de regulação. Só nessa hipótese caberia a regulação segundo a forma clássica do art. 174 da CF.

A regulação, assim, se torna justificável por representar uma garantia institucional de correção e equidade no processo de interação econômica, deixando de haver fundamentos *pré* (interesse público) ou *ultrajurídicos* (mercado) para a regulação. Seu objetivo passa a ser apenas criar uma igualdade jurídica material, e não meramente formal, entre todos os agentes econômicos, com fundamento no próprio *caput* do art. 5º da Constituição de 1988, que encabeça o Título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais, com os seguintes termos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...).

Restaria, portanto, compatibilizar a forma de regulação com os valores histórica, social e constitucionalmente estabelecidos no sistema brasileiro. Especificamente, seria necessário conformar o modelo de regulação adotado com princípios constitucionais como a livre iniciativa e a justiça social (art. 170 da CF).

Aparentemente díspares quando sujeitos ao que tradicionalmente se entende como *lógica de mercado*, esses princípios devem ser compatibilizados pela regulação que, assim, promoveria as condições para que os agentes econômicos desenvolvessem suas atividades em condições de igualdade material, traduzida em igualdade efetiva de oportunidades, o que, para Calixto, só pode ocorrer com a

difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos⁸⁶, vale dizer, com a efetivação da democracia na *atividade econômica*, conceito estudado a seguir.

Atividade econômica

Eros Grau⁸⁷ iniciou o tratamento desse tema cuidando de advertir que a linguagem jurídica, como a linguagem natural, apresenta *textura aberta*, pois nela proliferam as chamadas palavras e expressões *camaleão*⁸⁸, que constituem perigo para a clareza do pensamento, sendo a expressão *atividade econômica* um de seus exemplos.

Antes de se dispor ao exercício de interpretá-la, Eros remete a Karl Larenz, para quem a linguagem jurídica deve ser considerada um *jogo de linguagem*, no sentido que Wittgenstein atribui a essa expressão⁸⁹. A compreensão da linguagem jurídica decorreria da participação nesse jogo que, instrumentada pela dogmática, conferiria às palavras e expressões sentidos mais precisos do que aqueles que lhes são conferidos na linguagem usual⁹⁰.

Como o presente artigo, e talvez todo trabalho jurídico, apoia-se em hipóteses de interpretação da linguagem jurídica, cabe uma breve exploração do ponto levantado por Eros, aproveitando-se a oportunidade para a fixação de alguns pressupostos metodológicos de interpretação colhidos da doutrina positivista.

Noel Struchiner⁹¹ nos auxilia nesse intento, apontando que a noção de *textura aberta da linguagem*⁹² foi empregada de forma pioneira pelo filósofo da linguagem Friedrich Waismann⁹³, como resposta a uma tentativa dos positivistas

⁸⁶ SALOMÃO FILHO, 2008, pp. 34-36.

⁸⁷ GRAU, 2002, p. 138.

⁸⁸ HOHFELD, 1968, pp. 45-46.

⁸⁹ LARENZ, 1980, p. 189, *apud* GRAU, 2002, pp. 138-139.

⁹⁰ GRAU, 1988, p. 60.

⁹¹ STRUCHINER, 2005, pp. 99-110.

⁹² Noel informa que “o termo *textura aberta da linguagem* (*open texture of language*) foi sugerido a Waismann pelo professor Kneale, como tradução do termo criado por Waismann no alemão, *porosität der begriffe* (‘porosidade dos conceitos’). Cf. STRUCHINER, 2005, p. 99.

⁹³ WAISMANN, 1978, pp. 117-144.

lógicos de identificar o significado de uma afirmação a partir de seu próprio método de verificação.

O autor percebe uma falha capaz de comprometer a proposta dos positivistas lógicos ao constatar que, se o método de verificação confere o próprio significado da afirmação, disto decorre, logicamente, as afirmações traduzirem as experiências que constituem o método de verificação.

Waismann constata, porém, que em muitos casos tal redução não é possível e que, em função da textura aberta da linguagem, o significado das afirmações não se esgota com o fornecimento de um conjunto finito de experiências. Falando em termos mais específicos, a verificação de um conjunto finito de experiências pode funcionar como condição de assertibilidade (*assertability condition*) de uma afirmação, mas não é logicamente suficiente para esgotar seu significado.

Isto porque conceitos empíricos também apresentam uma textura aberta. E por mais que esses conceitos sejam limitados em certas direções, sempre deixaremos de delimitá-los em outras, restando lacunas na forma como seu uso deve ser efetivado. E por mais que se tente construir uma definição ou modelo de pensamento capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, sempre podem surgir casos novos que requeiram uma reformulação da definição.

Waismann assevera que nunca podemos ter certeza de que incluímos em nossa definição tudo o que deveria ter sido incluído, e isto leva o processo de definição e refinamento de uma ideia a continuar sem nunca atingir um estágio final. Afinal, nossos valores estão em constante mudança, assim como o próprio mundo.

Nesse mesmo sentido, Schauer afirma que a textura aberta é, a um só tempo, característica indelével da linguagem e consequência do confronto entre uma linguagem fixa e um mundo desconhecido em constante mudança⁹⁴.

Struchiner introduz Wittgenstein nesse raciocínio citando Gordon Baker⁹⁵, para quem o conceito de textura aberta da linguagem, proposto por Waismann, nasceu do conceito de hipótese (*hypothesis*) elaborado por Wittgenstein, segundo o

⁹⁴ SCHAUER, 1998, p. 36.

⁹⁵ BAKER, 1979, p. 270.

qual uma hipótese admite múltiplas verificações independentes, mas nenhuma delas, e nenhuma combinação delas, é conclusiva. No máximo, uma hipótese se torna *provável* em função das evidências que servem para confirmá-la, mas nunca *certa*.

O conceito de hipótese se aproxima, então, da ideia de textura aberta da linguagem, pois, assim como uma hipótese só pode se tornar mais ou menos provável em função das evidências, mas jamais absolutamente certa, a afirmação empírica não pode ser verificada de forma conclusiva, em decorrência da textura aberta da linguagem.

Já Eros Grau vincula Wittgenstein à ideia de textura aberta da linguagem pela noção de *jogos de linguagem* referida por Larenz.

Com efeito, Wittgenstein⁹⁶ incorpora a noção de jogos de linguagem na sua filosofia para mostrar como, apesar da heterogeneidade da linguagem, ela ainda assim funciona. Trata-se, registra Struchiner, de uma visão *não essencialista* da linguagem, por meio da qual Wittgenstein considera a linguagem, não como simples representação de fatos da realidade, mas como atividade, capaz de exercer uma diversidade de funções⁹⁷.

Consequentemente, os termos que compõem as proposições deixariam de ser meras substituições dos objetos do real, passando a atuar como ferramentas que podem ser usadas de maneiras diferentes, dependendo da função que lhes incumbe realizar. No campo do direito, diria Larenz, sua função seria conformada pela dogmática.

Waismann, por sinal, evidencia a aplicação de sua filosofia ao direito numa passagem do livro “Principles of Linguistic Philosophy”, onde o autor compara as leis, que vigoram numa determinada época, à gramática da linguagem:

As leis de qualquer época são adequadas para as características predominantes, tendências e hábitos dessa época. A ideia de um sistema fechado de leis que dura para sempre, e capaz de resolver qualquer conflito imaginável, é uma fantasia utópica sem nenhum fundamento para sustentá-la. O fato é que todo o sistema de

⁹⁶ WITTGENSTEIN, 1996, p. 35.

⁹⁷ STRUCHINER (2005, p. 102) aponta a lista, não exaustiva, das várias funções da linguagem na passagem 23 das *Investigações Filosóficas* de WITTGENSTEIN (1996, p. 35).

leis apresenta lacunas que são, via de regra, verificadas e preenchidas somente quando iluminadas por certos eventos particulares. De forma similar, devemos admitir que a gramática é incompleta, e que se as circunstâncias surgissem, nós tornaríamos a gramática mais completa por meio da introdução de novas regras para dar conta dessas situações. Nenhuma linguagem está preparada para todas as possibilidades. Deplorar a insuficiência da linguagem seria simplesmente um engano.⁹⁸

Partindo dessa assertiva, Baker e Hacker identificam, não uma semelhança, mas uma divergência entre as ideias de Weismann e Wittgenstein:

A conclusão de Wittgenstein não é que toda expressão é mais ou menos vaga, nem mesmo que toda expressão possui uma textura aberta. Afinal, se não existe uma determinação de sentido, então não existe uma ausência dela. Como nenhuma expressão poderia ter um sentido determinado, então não faz sentido atribuir a qualquer expressão a propriedade de não ter essa ‘propriedade’. Em vez disso, deveríamos ficar contentes em dizer que não existe nada como uma explicação capaz de impedir todas as possíveis dúvidas sobre como aplicar a expressão.⁹⁹

Inobstante ter deslindado a inspiração de Weismann em Wittgenstein, Struchiner também conclui enfatizando a diferença entre ambos:

Weismann utiliza a noção de textura aberta da linguagem para explicar a incompletude das definições dos termos empíricos e das verificações das afirmações sobre objetos materiais. Porém, de acordo com Wittgenstein, “...se não faz sentido falar da existência de um conjunto completo de regras definindo e delimitando conceitos, então não se deve caracterizar conceitos como sendo ‘incompletos’ ou ‘indeterminados’ (BIX, 1995, p. 16)¹⁰⁰

No âmbito específico da teoria do direito, Struchiner aponta a noção de textura aberta da linguagem sendo tratada em vários trabalhos de Robert Alexy e vinculada ao problema da vaguidade na linguagem jurídica. Citamos, por todos, o livro “The Argument from Injustice”, onde Alexy afirma:

Conforme coloca Hart, todo direito positivo possui uma textura aberta. Existem algumas razões para isso. Com especial significado, pode-se destacar a imprevisibilidade da linguagem legal, a possibilidade de conflitos normativos, a ausência de uma norma para servir como base para a decisão, e, em alguns casos, a possibilidade de se tomar uma decisão contrária a uma leitura literal da regra. Pode-se falar aqui de uma ‘região aberta’ do direito positivo, que pode ser mais ou menos ampla, mas que existe em todo sistema jurídico. Um caso que cai sob a região aberta vai ser chamado de um ‘caso duvidoso’¹⁰¹.

⁹⁸ WAISMANN, 1971, p. 76.

⁹⁹ BAKER e HACKER, 1980, p. 383.

¹⁰⁰ STRUCHINER, 2005, p. 106.

¹⁰¹ ALEXY, 2003, pp. 68-69.

O maior responsável pela transposição dessa discussão, do âmbito da filosofia da linguagem para o terreno da teoria do direito, foi Hart. Segundo ele, uma das principais razões para a dificuldade na aplicação das regras jurídicas é o fato de serem constituídas por termos gerais dotados de textura aberta, que levam à impossibilidade de se identificar todas as ocasiões em que uma regra deve ser aplicada ou não.

Hart busca uma solução para esse problema a partir do que foi identificado por Brian Bix como “abordagem criteriológica e paradigmática do significado”¹⁰². Por ela, o primeiro passo para se saber se um termo geral contido numa regra engloba um determinado caso é pensar nos casos paradigmáticos para os quais a regra foi construída. Se o caso concreto se insere no núcleo de certeza da aplicação dos termos gerais contidos na regra, então a aplicação da norma se dá de maneira “mecânica”.

O segundo passo é fazer uma análise criteriológica para saber se o fato em questão é suficientemente semelhante, em aspectos relevantes, aos casos paradigmáticos, para receber o mesmo tratamento.

É possível observar uma semelhança entre a abordagem criteriológica e paradigmática proposta por Hart e o caminho traçado por Eros Grau para interpretar a expressão *atividade econômica*.

Para este último, a referida expressão identifica um gênero que comporta duas espécies: (i) atividade econômica em sentido estrito e (ii) serviço público¹⁰³, sendo que o art. 174 da Constituição Federal a utiliza em sentido amplo¹⁰⁴, na medida em que engloba as atividades desenvolvidas no setor público e no setor privado. A abordagem paradigmática de Eros Grau se constituiria, portanto, na verificação do sentido da expressão adotado pela Constituição.

Vale notar, por oportuno, que o conceito de atividade econômica que este autor desenvolve em seu “Direito, Conceitos e Normas Jurídicas”¹⁰⁵ serve como

¹⁰² BIX, 1995, p. 9.

¹⁰³ GRAU, 2002, pp. 140-141.

¹⁰⁴ GRAU, 2002, pp. 145.

¹⁰⁵ GRAU, 1988, pp. 109-110.

contraponto à teoria da regulação proposta por Salomão Filho, na medida em que propõe uma interpretação inovadora para a expressão constitucional *regulação da atividade econômica*.

Eros Grau, por sua vez, procura descrever a realidade levando em consideração o protagonismo das forças políticas que agem sobre a Constituição, de modo a estabelecer o que por ora se tem como atividade econômica, para efeitos do art. 174 da Constituição de 1988. Trata-se de uma espécie de abordagem criteriológica, portanto.

Com efeito, Grau explica que a prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços e recursos escassos. Daí se afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica. Seu desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público, mas pode ser prestado pelo setor privado em regime de concessão ou permissão.

Já a atividade econômica em sentido estrito é aquela que compete preferencialmente ao setor privado, podendo o setor público exercê-la em caráter suplementar, nos termos do art. 173 da Carta de 1988, que utiliza a expressão nesse sentido: “Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, enxerga na Constituição Brasileira uma divisão entre atividades que são da alçada de particulares – as econômicas, e atividades que são da alçada do Estado, juridicamente qualificadas como não econômicas, os serviços públicos. Explica o autor:

O primeiro *discrímen* tem supina importância, pois é por via dele que, em termos práticos, se assegura a existência de um regime capitalista no país. Com efeito, ressalvados os monopólios estatais já constitucionalmente designados (petróleo, gás, minérios e minerais nucleares, nos termos configurados no art. 177, I-V), as atividades da alçada dos particulares – vale dizer, atividades econômicas – só podem ser desempenhadas pelo Estado em caráter absolutamente excepcional, isto é, em dois casos: quando isto for necessário por um imperativo de segurança nacional ou quando for demandado por relevante interesse público, *conforme definidos em lei* (art. 173).

Bandeira de Mello identifica, portanto, na forma como a atividade econômica privada é tratada pela Constituição de 1988, um dos pilares constitucionais do regime capitalista brasileiro. Lembra, ainda, que o conceito de interesse público, a pautar a ação do Estado, deve estar definido em lei, não o considerando um conceito indeterminado, como propõe Calixto e explica Weismann, mas determinável, como propõem Di Pietro e Eros, e explica Wittgenstein.

3. A Ordem Econômica Constitucional

Analizados os elementos que compõem o art. 174 da CF, passamos ao deslinde do contexto onde este se insere: a ordem econômica constitucional brasileira, formalmente representada pelo Título VII da Constituição Federal, “Da Ordem Econômica e Financeira”, que se inicia com o art. 170 enunciando seus fundamentos, fim e princípios:

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

Inicia-se tal processo com a ressalva de que a constitucionalização de uma *ordem econômica* não é inovação da Carta de 1988. Eros Grau¹⁰⁶ aponta a presença dessa expressão também nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967-69¹⁰⁷, embora em todas elas, a expressão não se preste a mais do que indicar o local onde se encontram disposições que institucionalizam a ordem econômica.

¹⁰⁶ GRAU, 2002, pp. 76-77.

¹⁰⁷ Art. 115 da Constituição de 1934, título que engloba os arts. 135 a 155 da Constituição de 1937, art. 145 da Constituição de 1946, art. 157 da Constituição de 1967 e art. 160 da Emenda Constitucional nº 1/69.

Grau confere mesmo pouca relevância ao conceito *ordem econômica constitucional*, ponderando que a finalidade dos conceitos jurídicos é a de ensejar a aplicação de normas jurídicas, não sendo usados para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas.

Sucedo que o conceito de ordem econômica constitucional não permite, não enseja, não viabiliza a aplicação de normas jurídicas. Logo, não é um conceito jurídico. Presta-se unicamente a indicar, topologicamente, no texto constitucional, disposições que, em seu conjunto, institucionalizam a ordem econômica (mundo do ser). Cuida-se, pois, de conceito ancilar da dogmática do direito, e não do direito propriamente.

Mesmo nesse sentido topográfico, o autor considera o conceito equivocado, pelas razões¹⁰⁸ a seguir resumidas:

- Na Constituição de 1988 há disposições que operam a institucionalização da ordem econômica (mundo do ser) fora do Título da Ordem Econômica. Exemplos: os artigos 1º, 3º, 8º e 9º¹⁰⁹.

¹⁰⁸ No início do capítulo 2 da obra citada, intitulado “Ordem Econômica”, Eros, de certa forma, credita a inspiração weberiana, presente nessas *razões*, ao lembrar que “Max Weber (*Economia y Sociedad*, v. 1, cit. pp. 251 e ss.) refere a ordem jurídica como esfera ideal do dever ser e a ordem econômica como esfera dos acontecimentos reais” (GRAU, 2002, p. 50).

¹⁰⁹ Seguem os dispositivos mencionados, na versão original: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical; II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo de representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; VII - o aposentado

- Ao distinguir-se ordem econômica *formal* de ordem econômica *material*, os problemas do conceito se desdobram em duas linhas: (i) a ordem econômica (mundo do dever ser) não se esgota no nível constitucional. Exemplos: § 4º do art. 173 e art. 186¹¹⁰ da Constituição de 1988, que expressamente remetem à necessidade de complementação legal. Assim, o elenco das disposições que preenchem a moldura da ordem econômica (mundo do dever ser) apenas estará completo quando nele se incluírem as leis – normatização infraconstitucional, portanto; (ii) nem todas as disposições formalmente inseridas no Título da Ordem Econômica compõem o quadro da ordem econômica (constitucional) material. Exemplo: o § 3º do art. 173 da Constituição de 1988¹¹¹.
- No texto da Constituição de 1988, a expressão aparece conotando diversos significados: no *caput* do art. 170, ordem econômica indica mundo do ser; no § 5º do art. 173, mundo do dever ser¹¹².

Embora critique o conceito de *ordem econômica constitucional*, Eros Grau preza o conceito de *ordem econômica*. E não poderia ser diferente, na medida em

filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais; VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer. Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.”

¹¹⁰ Seguem os dispositivos mencionados, na versão original: “Art. 173 (...) § 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos: (...). Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

¹¹¹ Segue o dispositivo mencionado, na versão original: “Art. 173 (...) § 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.”

¹¹² Seguem os dispositivos mencionados, na versão original: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...). Art. 173 (...) § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

que se propõe à “interpretação da ordem econômica na Constituição de 1988”, conforme afirma no texto¹¹³ e no título de uma de suas obras que tomamos por referência.

De fato, interpretar a ordem econômica apresentada na Constituição de 1988 é, antes de tudo, vislumbrar a aplicação de normas jurídicas¹¹⁴, aplicação cujas ferramentas são os conceitos jurídicos, como o próprio autor ensina.

Grau, com efeito, elabora uma conceituação para *ordem econômica*: “conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica. Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser) não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser)”¹¹⁵.

A definição de *ordem econômica* de Eros Grau é derivada da ideia de *constituição econômica* de Vital Moreira. Esta também prevê duas faces para um mesmo conceito, a primeira voltada ao *ser* e a segunda ao *dever ser*: “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem ou instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta”¹¹⁶.

Note-se que o conceito de Vital Moreira não prende a constituição econômica à constituição formal, vez que em nenhum momento estabelece que as normas que compõem a constituição econômica devam necessariamente estar

¹¹³ GRAU, 2002, p. 220.

¹¹⁴ Nesse sentido, Carlos Maximiliano, 2005, p.1: “É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto, entre a norma jurídica e o fato social, isto é, aplicar o Direito. Para o conseguir, se faz mister o trabalho preliminar: descobrir e fixar o sentido verdadeiro da regra positiva; e, logo depois, o respectivo alcance, a sua extensão. Em resumo, o executor extrai da norma tudo o que na mesma se contém: é o que se chama interpretar, isto é, *determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito*”.

¹¹⁵ GRAU, 2002, p. 61.

¹¹⁶ MOREIRA, 1974, p. 35, *apud* GRAU, 2002, p. 61.

contidas na Constituição, o que se coaduna com as críticas de Eros ao conceito de ordem econômica constitucional.

Ainda mais importante que isto é ambos apontarem a ordem jurídica como elemento do modo de produção da sociedade. Não por acaso, tanto o elemento jurídico como o modo de produção são identificados pela mesma expressão: ordem econômica.

Com essa inspiração, podemos retratar a ordem econômica como o conjunto de aspectos fáticos e jurídicos que, a um só tempo, compõem e sustentam as relações econômicas da sociedade. Tal definição prescinde da distinção entre ser e dever ser, que repartiria o conceito em dois, ao reunir as duas esferas num mesmo plano.

Sob um aspecto ou outro, o direito se apresenta como elemento do modo de produção, pois as relações de produção dependem da forma do direito, quer seja para se constituir, quer seja para se desenvolver em ambiente seguro.

Resta-nos identificar as razões pelas quais a parcela do direito identificada como *ordem econômica* passa a ter caráter constitucional, inclusive no Brasil.

Dado que a Constituição é a sede normativa do poder e da organização do Estado, é possível deduzir que a ordem econômica passa a ter caráter constitucional quando os fatores reais de poder - a Constituição material de Lassalle - impõem ao Estado orientar a economia de maneira efetiva.

Encontramos em Eros Grau ¹¹⁷ uma explicação para o fenômeno. Aponta o autor que a consagração, nas Constituições, de um conjunto de normas compreensivo de uma ordem econômica, expressa a transformação que afeta o direito no momento em que este deixa de meramente prestar-se à harmonização dos

¹¹⁷ GRAU, 2002, pp. 13-15.

conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de políticas públicas, isto é, de políticas de Estado.

Tal momento é a virada do século XIX para o XX, quando se verifica uma sensível transformação no modo de produção capitalista.

Na fase anterior, marcada pelo liberalismo, os produtos do Estado eram basicamente o direito e a segurança, e a principal intervenção estatal na economia se constituía na defesa da propriedade - fundada justamente no direito e na segurança oferecidos pelo Estado.

Com o advento do século XX, as imperfeições do liberalismo – manifestadas na forma de monopólios, crises econômicas, exacerbação do conflito capital x trabalho¹¹⁸ - conduziram o Estado a uma nova função, a de agente regulador da economia¹¹⁹.

Tratava-se de uma transformação em prol da preservação: a ordem econômica liberal seria paulatinamente substituída por uma ordem econômica intervencionista, com vistas não a uma ruptura, mas ao aprimoramento da ordem econômica capitalista.

O fenômeno pode ser identificado na realidade brasileira com o auxílio da análise de Calixto Salomão Filho¹²⁰, para quem a concentração econômica, desde sempre, foi considerada, no país, sinônimo de desenvolvimento.

Essa crença tem raízes históricas. Nossa estrutura econômica foi construída a partir do poder econômico que, de início, se sobrepôs ao poder estatal. Tratava-se do poder econômico estrangeiro, de origem estatal e não estatal, sobrepondo-se ao poder estatal interno, característica da exploração colonial pautada no monopólio

¹¹⁸ VIDIGAL, 1977, p. 14.

¹¹⁹ GRAU, 2002, p. 19.

¹²⁰ SALOMÃO FILHO, 2008, pp. 162-166.

da metrópole para a aquisição dos bens aqui produzidos e o fornecimento dos bens aqui consumidos.

Tal origem criou raízes, e a dependência estrutural da economia brasileira ao poder econômico concentrado perpetuou-se. Tanto que o Brasil, já independente politicamente, ainda era uma monocultura exportadora totalmente dependente do exterior. A importação de bens de consumo da metrópole, não mais obrigatória, passava a ser monopolizada por grandes comerciantes de escravos que, muito fortes financeiramente, impunham preços e afugentavam potenciais concorrentes. O mercado interno brasileiro continuava, então, dependente e sob o controle de agentes com poder monopolista.

A passagem para a economia industrial não democratizou nossa vida econômica, pois foram os capitais concentrados pelos grandes exportadores que viabilizaram a industrialização brasileira¹²¹. O grande volume de capitais necessários para investir na substituição de importações fez com que o poder financeiro acumulado na exploração da monocultura exportadora se transformasse em poder econômico na economia industrial brasileira.

Essa tendência se acentuou com o advento dos planos desenvolvimentistas patrocinados pelos governos brasileiros, que se fazem notar desde aquela época e até o presente. Apesar de diferenças procedimentais e de conjuntura, neles se nota uma política mestra de incentivo à grande empresa brasileira, de modo a lhe proporcionar poderio econômico em escala suficiente para competir com as empresas estrangeiras. Reforçaram-se ainda mais as estruturas do poder econômico no mercado, portanto.

Nos anos 90, o país se abriu ao capital internacional através, sobretudo, das privatizações. A partir desse movimento, ocorreram dois fenômenos, ambos relacionados à concentração econômica. Em primeiro lugar, o país passou a ser influenciado pela oligopolização dos mercados internacionais, em geral controlados

¹²¹ FURTADO, 1986, pp. 195 e segs.

por corporações sediadas nos países desenvolvidos. Em segundo lugar, as autoridades governamentais brasileiras – em particular o BNDES – passaram a perseguir a concentração dos mercados e das empresas nacionais, tendência que se acentuou ao longo dos anos 2000.

A ausência de um combate estrutural ao excesso de poder econômico tem como subproduto a acentuação da concentração de riquezas e o aumento dos problemas sociais, tendo em vista a relação inversa entre concentração econômica e nível de emprego, observável na realidade das economias nacionais tanto centrais como as periféricas, todas afetadas por uma crise intimamente vinculada ao fenômeno que se convencionou chamar de globalização e da qual o Brasil não tem como se safar.

É de se perguntar, então, se os ditames de política econômica que geram tais efeitos na realidade são consentâneos com nossa ordem econômica constitucional. Os parâmetros para a resolução dessa questão estão no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Entre os princípios previstos no *caput* desse artigo destacam-se três, os dois primeiros como fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social.

É clara a possibilidade de conflito entre eles. Medidas objetivando a justiça social podem não ser compatíveis com a livre-iniciativa, e vice-versa. Diante dessa constatação, Calixto Salomão Filho propôs uma interpretação, por ele chamada de *possibilidade jurídica*¹²².

Sua premissa básica é a prevalência do princípio mais diretamente afetado pela medida ou ato que se pretende analisar. Seu exemplo se refere especificamente à política industrial, mas pode ser estendido, sem perda de significado, para a regulação da atividade econômica como um todo.

¹²² SALOMÃO FILHO, 2009, p. 164.

Nesse sentido, uma política industrial não deve pretender substituir ou eliminar a concorrência entre os agentes, pois assim seria claramente contrária à livre iniciativa, sem ser instrumento de promoção da justiça social.

Estendendo-se essa visão para o campo da regulação da atividade econômica, a promoção da justiça social só pode significar obtenção de equilíbrio entre os agentes do mercado, que se traduz em um verdadeiro princípio de democracia econômica, a ser alcançado por meio de uma concepção institucional de regulação que inclua, necessariamente, a adoção de políticas de cunho social que visem à eliminação das desigualdades.

Eros Grau¹²³, por sua vez, aponta a extensão das funções estatais como decorrência da necessidade de acumulação de capital para a realização do desenvolvimento econômico, erigido à condição de ideal social a partir do século XX, quando, para suprir as insuficiências do sistema, o Estado foi convocado a atuar sobre uma realidade em que, por um lado, a força de trabalho era o único bem de propriedade de largas parcelas da população e, por outro, era imperiosa a necessidade de formação de poupanças para a reprodução do capital.

Grau inspira sua observação em Francesco Galgano, que apontou a conexão entre acumulação de capital e extensão das funções do Estado. Assim, a ação pública tornou-se condição necessária do desenvolvimento econômico¹²⁴, cuja busca impôs a formação de uma aliança entre o setor privado e o setor público, este a serviço daquele¹²⁵.

Um exemplo de como o Estado contribui, nessa fase, para acumulação de capital é encontrado no que Eros Grau denominou *capitalismo assistencial*, que se constitui na transferência dos custos das empresas ao conjunto da coletividade, por meio da inversão financeira massiva em títulos públicos de crédito. Os custos

¹²³ GRAU, 2002, p. 21.

¹²⁴ GALGANO, 1980, pp. 142-143.

¹²⁵ GRAU, 2002, p. 22.

empresariais, assim, são bancados pelo Estado, e os países desenvolvidos os exportam aos de capitalismo mais frágil¹²⁶.

Eros identifica, além da função de promover a acumulação, duas outras funções assumidas pelo Estado para viabilizar a transformação que consolidaria o modelo econômico capitalista, dando-lhe consistência política pela via jurídica. Trata-se das funções de *legitimação* e de *repressão*¹²⁷.

No exercício da função de *legitimação*, o Estado atribui ao sistema capitalista e à sua ordem política o reconhecimento de que sejam corretos e justos, dando sustentação à hegemonia do capital. Atuando como agente unificador de uma sociedade economicamente dividida e fragmentada em grupos de interesses adversos, o Estado conforma a luta social ao modelo capitalista.

O direito positivo é instrumento primordial dessa conformação, reservando-se à Constituição formal o papel de institucionalizar a ordem capitalista e oferecer uma interpretação parcial dessa ordem, a ser completada pela Constituição material e irradiada pelas demais leis.

Quanto à *repressão*, ao contrário do que a expressão possa sugerir, esta não se manifesta necessariamente *ex post*, como instância subsequente à da *legitimação*, mas está imiscuída na própria concepção de hegemonia, manifestando-se antes como uma auto-repressão, suficiente para colocar em situação de lealdade e adesão ao capitalismo parcela significativa da sociedade civil.

Sob esse prisma, o autor reconhece na Constituição Brasileira de 1988 o papel de institucionalizar os instrumentos necessários à viabilização e consolidação

¹²⁶ “Francesco Galgano, *Las instituciones de la economía capitalista*, in *Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* (Universidad Autónoma de Puebla), n. 1, trad. De Jean Hennequin, p. 76” – nota original de GRAU, 2002, p. 22.

¹²⁷ GRAU, 2002, pp. 23-24. Eros acrescenta observação de Habermas segundo a qual a legitimidade constitui uma pretensão de validade discutível, de cujo reconhecimento depende a estabilidade de uma ordem de dominação, ressalvando, porém, que os problemas de legitimidade só afetam as ordens políticas, pois apenas elas podem ter e perder legitimidade e somente elas requerem legitimidade. (HABERMAS, 1981, pp. 243-244).

do capitalismo no Brasil. Tal proposição encontra eco numa coletânea de posições doutrinárias, selecionada por Eros Grau, acerca da ordem econômica constitucional brasileira¹²⁸.

Ressalve-se que tais escritos foram tecidos em datas próximas à da promulgação da Constituição vigente, o que neles acentuaria a influência das discussões travadas no processo constituinte e deles afastaria as influências dos processos de modificação textual e mutação interpretativa por que a Constituição vem passando em seus 27 anos de existência. Vale observá-los, portanto, até mesmo para verificarmos se tais processos de modificação teriam distanciado a Constituição de sua essência original, ou se esta ainda remanesce.

A primeira opinião a ser destacada é a de Geraldo Vidigal, que enfatiza as afirmações da Constituição de 1988 em favor da liberdade e da propriedade privada e nela enxerga a adoção de um *regime de mercado organizado*¹²⁹.

Para entender em que consiste tal regime, auxilia-nos a definição do autor para *direito da organização dos mercados*: “disciplina jurídica corretora do conjunto de distorções características das soluções de liberdade de mercado, abrangendo não apenas as distorções que afetam a competição, como as que induzem repartição desigual e as que alimentam flutuação em direção à crise”¹³⁰.

Trata-se, portanto, da contemplação, na Constituição, de mecanismos voltados à correção de defeitos manifestos pelo mercado – instituto marcadamente capitalista – com vistas a preservá-lo de crises tendentes a ameaçar sua manutenção e legitimidade.

Com efeito, ao afirmar que o *direito da organização dos mercados* consubstancia a “disciplina dos agentes privados, no exercício de atividades privadas, inspirada no interesse coletivo”¹³¹, Vidigal vincula o regime de mercado

¹²⁸ GRAU, 2002, p. 221 e segs.

¹²⁹ VIDIGAL, 1988, pp. 382-383.

¹³⁰ VIDIGAL, 1977, p. 47.

¹³¹ VIDIGAL, 1977, p. 40.

organizado a um ideal de interesse público, conferindo-lhe uma legitimidade de estatura constitucional.

Ademais, Vidigal visualiza, na Constituição de 1988, a imposição de “modéstia e moderação” ao Estado, a fim de que fossem reduzidos os efeitos “nefastos” de sua atuação sobre o processo econômico.

Assim, a opção constitucional por um *regime de mercado organizado* importa, segundo a interpretação de Geraldo Vidigal para a ordem econômica na Constituição de 1988, em que o Estado atue para prover essa organização; por outro lado, para esse autor, a ordem econômica na atual Constituição tem caráter liberal ou, ao menos, mais liberal do que as ordens econômicas consagradas na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1/69.

Nesse sentido, ao comentar o Projeto da Constituição de 1988, Vidigal verificava, no conjunto das posições que regulam o poder de intervenção do Estado, “a repulsa à posição estadista da Constituição de 1967/69, delimitando-se nitidamente, e de maneira muito mais severa, a presença do Estado na economia”¹³².

Seguiu nessa mesma direção o diagnóstico de Miguel Reale, colhido por Eros em dois artigos, um parecer e um terceiro artigo, publicados sequencialmente em periódicos paulistas entre 1988 e 1989.

No primeiro, Reale identificou uma “ineludível opção de nossos constituintes por dado tipo, o tipo liberal do processo econômico, o qual só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência”¹³³.

No segundo, já altera um pouco seu ponto de vista, afirmando: “À luz do que suas disposições anunciam, estou convencido de que a Carta Magna, ora em vigor, optou por uma posição intermédia entre o liberalismo oitocentista, infenso a toda e qualquer intervenção do Estado, e o dirigismo estatal. Dir-se-ia (...) que sua

¹³² VIDIGAL, 1977, p. 383.

¹³³ REALE, 19.10.88, p. A-3.

posição corresponde à do neo-liberalismo ou social-liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais de nosso tempo”¹³⁴.

No parecer, sentenciou Miguel Reale: “com o advento do novo Estatuto Político, a intervenção do Estado no domínio econômico somente pode ocorrer naquelas hipóteses que o legislador tiver o cuidado de especificar. É o que decorre principalmente do art. 174 da nova Constituição, que fixa os limites de atuação do Estado na sua qualidade de *agente normativo*”¹³⁵.

Já no terceiro artigo, Reale explicita sua preocupação com a possibilidade da Constituição desviar-se da tendência neoliberal que inicialmente vislumbrara: “Se a Constituição de 1988, em seu art. 174, confere ao Estado funções de ‘fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado’, será fácil distorcer essas diretrizes, convertendo-se fiscalização em interferência sistemática, incentivo em favorecimento e planejamento indicativo em programa obliquamente compulsório”¹³⁶.

José Afonso da Silva, por sua vez, parece pintar com cores mais fortes o *social liberalismo* vislumbrado por Reale na Constituição de 1988, ao observar que ela “consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista”; mas, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado.”¹³⁷

Se a priorização do trabalho humano, identificada na Constituição de 1988 por José Afonso da Silva, não é destacada pelos outros autores citados por Eros Grau, sua vinculação da Constituição brasileira ao modelo de capitalismo típico do século XX os complementa a todos: “a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do *desenvolvimento autocentrado, nacional e popular*,

¹³⁴ REALE, 24.01.89, p. 3.

¹³⁵ REALE, 04.06.89, p. 9.

¹³⁶ REALE, 19.09.89, p. A-3.

¹³⁷ SILVA, 2000, p. 720.

que, não sendo sinônimo de isolamento ou autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido, em que a burguesia local e seu Estado tenham o domínio da reprodução da força de trabalho, da centralização do excedente da produção, do mercado e a capacidade de competir no mercado mundial, dos recursos naturais e, enfim, da tecnologia”¹³⁸.

A contribuição de José Afonso da Silva se diferencia das dos demais autores por enaltecer que a Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que fornece alicerces para a estruturação de uma economia capitalista, abre caminho a transformações da sociedade baseadas nos instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagra, identificando, para além dos princípios de cunho social, um caráter dinâmico a possibilitar a constitucionalização de valores sociais aptos a se desenvolverem nesse ambiente.

Por outro lado, sua concepção da nossa ordem constitucional distancia-se da Constituição material de Lassalle, quando considera que aquela toma como legítima a liberdade de iniciativa econômica privada apenas “enquanto exercida no interesse da justiça social”¹³⁹, ideal que justificaria a intervenção estatal no domínio econômico para atingir a essa finalidade.

Tal distanciamento, no entanto, pode ser considerado apenas aparente, na medida em que a consagração de valores sociais no texto constitucional não deixa de ser resultado da conjugação dos poderes existentes ao tempo da assembléia constituinte, cabendo às novas conjugações de poderes aproveitarem o caráter dinâmico da Constituição para a concretização de novas conquistas sociais.

Uma tradução menos progressista, ou menos otimista, ou ainda, mais condizente com a distribuição dos fatores reais de poder que a envolve, caracterizaria a Constituição de 1988 como uma instituição que acomoda as demandas sociais produzidas em seu tempo ao seu papel principal de fortalecer as raízes do modelo econômico capitalista por ela adotado.

¹³⁸ SILVA, 2000, p. 724.

¹³⁹ SILVA, 2000, p. 726.

Com efeito, para Washington Peluso Albino de Souza¹⁴⁰, a Carta de 1988 consagrou o princípio da economia de mercado, na medida em que o legislador constituinte, ao definir para o país um ‘Estado Democrático de Direito’ (art. 1º), evita a expressão ‘Estado de Direito’, de sabor liberal, e aproxima-se do discurso da Carta Portuguesa de 1975 – embora não avançando ao ponto da Constituição Espanhola de 1978, que consagra o ‘Estado Social e Democrático de Direito’ (art. 1º).

Assim, o autor detecta na Carta de 1988 as bases jurídicas para uma economia de mercado, identificando o conceito econômico de *mercado* com o conceito político de *democracia*, o que a distanciaria do modelo liberal puro e a aproximaria do pensamento neoliberal.

Já Tercio de Sampaio Ferraz Junior, para quem a Constituição de 1988 repudia o *dirigismo econômico*, desenvolve uma distinção entre este e o *intervencionismo econômico* em que acaba por descrever a ordem econômica constitucional brasileira:

O intervencionismo não se fez contra o mercado, mas a seu favor. O mercado, enquanto mecanismo de coordenação e organização dos processos econômicos e que pressupõe o reconhecimento do direito de propriedade dos meios de produção, é mantido no intervencionismo como o princípio regulador da economia. Distinto do intervencionismo é, nesse sentido, o dirigismo econômico, próprio das economias de planificação compulsória, e que pressupõe a propriedade estatal dos meios de produção, a coletivização das culturas agropecuárias e o papel do Estado como agente centralizador das decisões econômicas de formação de preços e fixação de objetivos.

Essa distinção entre intervencionismo e dirigismo é importante e nos remete imediatamente à análise da ordem econômica conforme a Constituição de 1988. O art. 174 desta determina que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Tais funções assinalam formas de intervenção do Estado na economia, ao lado de outras, como por exemplo, a função empresarial, disciplinada pelo art. 173. (Mas a Constituição) repudia a economia estatizada, o capitalismo de Estado, o dirigismo econômico, pois, ao contrário, acentua essencialmente (art. 170) o pluralismo da

¹⁴⁰ SOUZA, 1989.

livre iniciativa e o sentido social, não discriminatório do trabalho humano como fundamento da ordem econômica.

Como agente normativo e regulador, o Estado, portanto, não se substitui ao mercado na configuração estrutural da economia. (Assim), quando o art. 174 dispõe que o Estado exerça, dentre outras, a função de planejamento, esta expressão certamente não tem nada a ver com dirigismo econômico, mas sim com intervencionismo que, como vimos, é fenômeno que ocorre no desenvolvimento da economia capitalista.¹⁴¹

O intervencionismo econômico, na forma que Ferraz Junior o expõe, seria um elemento de nossa ordem constitucional apto a conciliar a economia de mercado aos ideais de justiça social estabelecidos na Constituição de 1988, constituindo um modelo híbrido que se consagrou no século XX com a nomenclatura de social-democracia.

Vista com otimismo por autores como José Afonso da Silva e Tércio Sampaio Ferraz Junior, esta tendência da Constituição de 1988 provocou, contudo, a preocupação de autores que, de um ponto de vista mais conservador, nela vislumbraram caracteres identificados com um modelo de economia socialista.

Exemplo disto se encontra em Raul Machado Horta¹⁴², para quem “o constituinte (de 1988) afastou-se do modelo plástico, que se formulou na Constituição da Espanha de 1978, e preferiu o modelo rígido e ortodoxo, que conduz ao dirigismo econômico”.

Considerou este autor que o hibridismo da ordem econômica, visível na adoção de princípios privatísticos e publicísticos - quais sejam: inviolabilidade do direito de propriedade, princípio da propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência, livre exercício de qualquer atividade econômica, função social da propriedade e desapropriação da propriedade por interesse social – afetaria o equilíbrio do sistema, tornando-o “instrumento do intervencionismo, do dirigismo, do nacionalismo e da estatização”.

¹⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, 04.06.89, p. 50.

¹⁴² HORTA, 1988, pp. 388 e segs.

Seus temores centravam-se na “língua elástica e ambígua” da Constituição que, sujeita a uma interpretação ampliada, de iniciativa presidencial ou de maiorias no Congresso Nacional, poderia instaurar o planejamento central da economia, sufocando a economia de mercado, a livre iniciativa e a livre concorrência.

Horta toma a expressão *imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*, contida no art. 173 do texto constitucional, para afirmar que seu conteúdo “elástico”, quando confiado a critérios políticos, poderia conferir a tal norma a força de “cláusula transformadora” da Constituição, tornando a exploração direta da atividade econômica pelo Estado um instrumento de estatização.

Tanto que o autor conclui: “A Ordem Econômica da Constituição está impregnada de princípios e soluções contraditórias. Ora inflete no rumo do capitalismo neoliberal, consagrando os valores fundamentais desse sistema, ora avança no sentido do intervencionismo sistemático e do dirigismo planejador, com elementos socializadores. As cláusulas dotadas de função transformadora, que se difundem na Ordem Econômica, poderão unilateralizar os caminhos da Constituição e conduzir a soluções não expressamente contempladas em seu texto”.

Nesse mesmo sentido, mais aguda foi a interpretação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹⁴³ que, reportando-se ainda ao projeto de Constituição elaborado pela Comissão de Sistematização, nele enxergou a consagração de uma tendência que chamou de “estatolatria”, ao ponto de identificar, no preceito que veio a constituir o art. 174 – *o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica* – uma verdadeira rejeição à economia de mercado.

Com efeito, embora o art. 174 afirme ser o planejamento *indicativo* para o setor privado, o autor nele via a marginalização desse setor, afirmando que “planejamento imperativo, quer dizer, de metas obrigatórias, tanto quantitativas como qualitativas, significa na prática a mobilização compulsória de mão de obra,

¹⁴³ FERREIRA FILHO, 10.12.87, p. A-3.

de matérias-primas, de divisas, o que é manifestamente incompatível com a sobrevivência de um setor privado, salvo se marginal”.

Nessa coletânea de interpretações originais da ordem econômica constitucional brasileira, observam-se duas linhas que, embora ideologicamente antagônicas, apontam para uma mesma direção: a intenção de se constitucionalizar o capitalismo. As primeiras reconhecendo ao lado dessa intenção um viés social a ser desenvolvido. As segundas, temerosas de que esse viés social fosse comprometer o objetivo principal.

Com simpatia ou não, essas diferentes interpretações que a ordem econômica constitucional de 1988 admitiu desde seu nascimento renunciaram a vocação da nossa Constituição ao acolhimento de transformações na realidade social.

É nesse preciso sentido que sentenciou Eros Grau: “A ordem econômica na Constituição de 1988 é uma ordem econômica aberta. Nela apenas podem detectar um modelo econômico acabado aqueles que têm uma visão estática da realidade”¹⁴⁴.

Com base nessas observações, retornamos ao texto constitucional para afirmar que, sob o manto da Constituição de 1988, cabe ao Estado, enquanto agente regulador da ordem econômica (art. 174), ao mesmo tempo, respeitar a *livre iniciativa* (art. 1º, IV e art. 170, *caput*) e perseguir o objetivo republicano de construir uma *sociedade livre, justa e solidária* (art. 3º, I), tornando convergentes princípios aparentemente antagônicos.

Aos intérpretes dessa complexa ordem econômica constitucional, resta enfrentar os desafios impostos pela oposição entre a Constituição *escrita* e a Constituição *real*, conforme alertado por Lassalle - pensador cuja importância remanesce enquanto remanescem tais desafios.

¹⁴⁴ GRAU, 2002, p. 330.

4. CVM: O Estado regulador da economia capitalista

Pelo exposto até aqui, a CVM pode ser caracterizada como um veículo do Estado regulador da economia capitalista, previsto na ordem econômica constitucional brasileira. Tal constatação, teoricamente fundamentada a partir de pressupostos legais, encontra-se documentada num ato de governo.

Trata-se do Voto nº 426/78, aprovado pela 311ª sessão do Conselho Monetário Nacional – CMN¹⁴⁵, realizada em 20.12.1978 sob a presidência do Ministro da Fazenda Mário Henrique Simonsen, e formulado pelo Conselheiro Roberto Teixeira da Costa, primeiro Presidente da então recém-criada CVM.

Por meio desse Voto, o CMN se iniciava nas funções mais essenciais que a lei criadora da CVM lhe destinara, quais sejam, (i) definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários (MVM) e (ii) fixar a orientação geral a ser observada pela CVM no exercício de suas atribuições¹⁴⁶.

Sob o título “Fundamentos para a Regulação do Mercado de Valores Mobiliários”, o referido Voto estabeleceu as diretrizes que pautariam a atuação da CVM no cumprimento do papel que a ordem econômica constitucional ora lhe confia.

¹⁴⁵ Criado pelo art. 2º da Lei nº 4.595/64, o CMN é o órgão deliberativo máximo do Sistema Financeiro Nacional, este último constituído pelo Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A., Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, e demais instituições financeiras públicas e privadas, nos termos do art. 1º da mesma Lei. Atualmente, os membros do CMN são o Ministro de Estado da Fazenda (Presidente), o Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento e o Presidente do Banco Central do Brasil (fonte: www.fazenda.gov.br - acesso em janeiro de 2013).

¹⁴⁶ Cf. art. 3º da Lei nº 6.385/76, *in verbis*: “Art. 3º. Compete ao Conselho Monetário Nacional: I - definir a política a ser observada na organização e no funcionamento do mercado de valores mobiliários; II - regular a utilização do crédito nesse mercado; III - fixar a orientação geral a ser observada pela Comissão de Valores Mobiliários no exercício de suas atribuições; (...).”

Por seu valor histórico e político, que emprestam uma luz diferenciada ao presente trabalho, e por ser um documento ainda pouco conhecido e difundido, segue sua transcrição integral:

Fundamentos para a Regulação do Mercado de Valores Mobiliários

A implementação de uma política de regulação, na medida em que se pretenda dotá-la de consistência e coerência na sua aplicação, requer prévia definição de seus fundamentos básicos, em função dos quais serão elaborados os atos emanados da autoridade reguladora.

A primeira constatação para a consecução dos objetivos de um órgão regulador é a de que há uma opção clara pelo modelo capitalista, baseado na economia de mercado e na livre iniciativa, o que induz a aceitação dos instrumentos de mercado.

A liberdade que caracteriza esse sistema não impede que a economia possa, em alguns dos seus segmentos, estar sujeita à interferência do Estado. Admite-se, inclusive, que essa interferência estatal tem sido uma constante mesmo nos países em que a economia de mercado representa os alicerces do seu progresso.

Reconhece-se que o mercado traz dentro de si algumas ineficiências. Além disso, vistas como um todo, as sociedades, e principalmente as mais livres, caracterizam-se pelos conflitos. Na comunidade, como na economia, a presença do Estado importa para eliminar ou minimizar esses conflitos de interesses, ou ainda, harmonizá-los.

Dentro desse contexto é que se inserem tanto o mercado de valores mobiliários quanto a própria CVM, a quem a legislação delegou poderes para desenvolvê-lo e regulá-lo.

A CVM, no exercício de suas funções, seguirá os preceitos do sistema que se baseia na economia de mercado e na livre iniciativa, reconhecido como o mais eficaz para a promoção do desenvolvimento do País.

A CVM, obedecendo aos postulados da economia de mercado, persegue um mercado de valores mobiliários eficiente, que, para tanto, precisa ser livre, competitivo e informado, e deseja também um mercado confiável como resultado de uma adequada proteção e harmonização dos interesses de todos os que nele transacionam.

O exercício da atividade regulatória da CVM, em consequência, objetiva a manutenção da eficiência e da confiabilidade no mercado de valores mobiliários, condições consideradas fundamentais para assegurar o desenvolvimento desse mercado.

Essa regulação levará em conta os seguintes fundamentos:

1. Interesse Público

A atuação da CVM no mercado de valores mobiliários estará fundamentada na observância permanente do atendimento ao interesse público.

Através desse mercado as poupanças individuais fluem diretamente para as empresas, transformando-as em capital produtivo, contribuindo positivamente para o crescimento e prosperidade da economia e da nação.

A posição central que o mercado de valores mobiliários ocupa no sistema econômico faz com que as operações e alterações nele realizadas acarretem reflexos sobre todo o aparelho produtivo, atingindo aqueles que dele não participam diretamente. Assim, são do interesse público os atos e fatos relativos ao mercado de valores mobiliários e sob a sua égide devem-se nortear todos os seus fundamentos e princípios.

2. Confiabilidade

A confiabilidade é requisito fundamental para a existência e desenvolvimento de um vigoroso mercado de valores mobiliários. Esse mercado somente cumprirá sua função alocativa com eficiência se todos os seus participantes acreditarem no seu funcionamento ímpessoal e equânime.

Reconhece-se que a confiabilidade surgirá de um conjunto de circunstâncias que levem à atuação idônea dos participantes do mercado e à inexistência de atos e normas discriminatórios e de privilégios específicos em detrimento do interesse geral.

Desenvolver esforços no sentido de resguardar a confiabilidade no mercado constitui tarefa de envergadura do órgão regulador, dentro do pressuposto de que a atração e a permanência do público investidor garantirão um crescente volume de recursos ao mercado.

3. Mercado Eficiente

Considera-se como objetivo permanente, a ser perseguido pelas autoridades na regulação e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, a constante busca de maior eficiência.

É do interesse público a existência de um mercado eficiente, seja tanto no plano alocacional quanto no plano operacional. Assim, sua organização deve permitir que as poupanças dirijam-se naturalmente às unidades produtivas que apresentem maior rentabilidade, consideradas ao mesmo nível de risco, e que as transferências desses recursos se realizem aos menores custos possíveis.

4. Competitividade

A prática da competição é fator fundamental para se atingir um mercado eficiente.

A competitividade reduz a necessidade de regulação e estimula a criatividade dos participantes do mercado, influenciando positivamente o seu desenvolvimento.

A CVM em sua atuação deverá preservar a competitividade nas atividades e entre os participantes do mercado de valores mobiliários.

5. Mercado Livre

No processo de regulação e desenvolvimento do mercado de valores mobiliários, devem estar presentes, permanentemente, o respeito à livre atuação das forças de mercado e o livre acesso ao mercado e ao exercício na procura de um mercado eficiente e confiável.

6. Proteção ao Investidor

Com vista a manter a confiabilidade do mercado e visando a atrair um contingente cada vez maior de pessoas, há necessidade de um tratamento equitativo a todos os que dele participam, devendo dar-se destaque especial ao investidor individual. Este, em face de seu menor poder econômico e menor capacidade de organização, precisa de proteção, de forma a resguardar seus interesses no relacionamento com intermediários e companhias, dentro da orientação de que seus riscos fiquem limitados apenas ao investimento realizado, sem que venha essa proteção a distorcer as características de risco inerentes às aplicações em valores mobiliários. Além disso, o investidor individual é o protagonista da maior relevância no processo de dispersão da propriedade e de diversificação dos centros de decisão, o que contribui para aumentar a eficiência do mercado.

Passados 37 anos de sua edição, o documento acima jamais foi objeto de reparos ou atualizações, seja pelas administrações da CVM, seja pelos governos que se sucederam no período. Não por acaso, ainda nos dias de hoje, sua leitura é recomendada pelos executivos da CVM aos ingressantes na carreira da entidade. E, embora formalmente desprovido de força vinculativa, fato é que, mesmo após sofrer várias reformas, a Lei nº 6.385/76, que criou a CVM, segue sem se distanciar dos princípios que ele encerra.

Salta aos olhos, sobretudo, a plena adequação do teor do Voto ao desenho da ordem econômica constitucional brasileira aqui esboçado, a despeito de sua formulação anteceder em dez anos a promulgação da Constituição de 1988.

Configura-se, assim, um significativo exemplo de que a Carta de 1988, antes de representar uma ruptura institucional em face do regime de exceção que a precedera, açambarcou institutos políticos e jurídicos que, como informa a doutrina aqui tomada por referência, vieram se forjando e se tornando hegemônicos no mundo ocidental ao longo do século XX.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **The Argument from Injustice: A Reply to Legal Positivism**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

ARISTÓTELES, **Política**. Título original: Πολιτικά, ano: 1252a. Disponível em www.LivrosGratis.net (acesso em maio de 2013).

BAKER, Gordon. **Verehrung und Verkehrung: Waismann and Wittgenstein**. In: LUCKHARDT, C. G. (ed.). *Wittgenstein – Sources and Perspectives*. Sussex: Harvester Press, 243-285, 1979.

BAKER, G. & HACKER, P. M. S. **Wittgenstein Understanding and Meaning**. Oxford: Basil Blackwell, 1980.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIX, B. **Law, Language and Legal Determinacy**. Oxford: Claredon Press, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral del Diritto**. Torino: J. Giappichelli Editores, 1993.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL – CMN. **Fundamentos para a Regulação do Mercado de Valores Mobiliários**. Anexo ao Voto nº 426/78, aprovado na 311ª sessão do Conselho, realizada em 20.12.1978. Cópia disponível na Biblioteca da CVM no Rio de Janeiro.

COUTINHO, D. e MATTOS, P. **Os Desafios da Reforma Regulatória Brasileira**. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, nº 1, 1999.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DEMSETZ, H. **Why regulate utilities.** In G. J. STIGLER (ed.) *Chicago Studies in Political Economy*. Chicago, University of Chicago Press, 1988 (originalmente publicado no *Journal of Law and Economics* 11.1968).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O Princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.** In Revista Trimestral de Direito Público, nº 48/2004. São Paulo: Malheiros, pp. 63-76.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 22ª ed., 2009.

DROMI, José Roberto. **La Reforma Constitucional: El Constitucionalismo del “por venir”.** In *El Derecho Público de Finales de Siglo: Una Perspectiva Iberoamericana*. Madrid: Fundación BBV, 1997.

FALLA, Fernando Garrido. **Las transformaciones del régimen administrativo.** Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Economia e o Controle do Estado.** Parecer publicado no jornal *O Estado de São Paulo*, edição de 04.06.89.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O Estado Onipresente.** Artigo publicado no jornal *Folha de São Paulo*, edição de 10.12.87.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil.** São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1986.

GALGANO, Francesco. **Storia del Diritto Commerciale.** 2ª. Ed. Bologna: Il Mulino, 1980.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 6ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

HABERMAS, Jürgen. **La Reconstrucción del Materialismo Histórico**. Trad. de Jaime Nicolás Muniz e Ramón García Cotorelo. Madrid: Taurus, 1981.

HOHFELD, W. N. **Conceptos Jurídicos Fundamentales**, trad. de Genaro Carrió. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina S/A, 1968.

HORTA, Raul Machado. **A Ordem Econômica na nova Constituição: problemas e contradições**. In *A Constituição Brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Tradução da segunda edição alemã por Fernando de Los Rios, catedrático da Universidade de Granada. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1975.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Trad. de Marcelino Rodríguez Nolinero. 2ª ed., Barcelona: Ariel, 1980.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Trad. de Walter Stöcker. Rio de Janeiro: Liber Juris, 2ª ed., 1988.

LENTINI, Arturo. **Instituzioni di Diritto Amministrativo**, Milão, 1939.

LOWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Trad. de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 2ª ed., 1970.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 19ª ed., 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA, Vital. **Economia e Constituição**. Separata do *Boletim de Ciências Econômicas*, vol. XVII. Coimbra: Faculdade de Direito, 1974.

MOURA ROCHA, Bolívar. **Regulação de infraestrutura e defesa da concorrência: proposta de avaliação**. *Revista de Direito Mercantil* 112, outubro/dezembro de 1998.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1995.

OLIVEIRA, Gesner, & PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Regulation and Competition Policy: Towards an optimal institutional configuration in brazilian telecommunications industry**. *Brooklin Journal of International Law* 25.

REALE, Miguel. **Inconstitucionalidade de Congelamentos**. Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 19.10.88.

REALE, Miguel. **Constituição e Economia**. Artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo, edição de 24.01.89.

REALE, Miguel. **Parecer de 10.05.89**, publicado no jornal O Estado de São Paulo, edição de 04.06.89.

REALE, Miguel. **O Estado no Brasil**. Artigo publicado no jornal Folha de São Paulo, edição de 19.09.89.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

SCHAUER, Frederick. **Instrumental Incommensurability**. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 146, pp. 1215-1233, 1998.

SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 18ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso. Parecer respondendo a consulta do GREENPEACE BRASIL, disponível em http://s.conjur.com.br/dl/parecer_joseafonso.pdf . Data do Parecer: 12 de março de 2008.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **O Direito Privado na Ordem Constitucional**, conferência pronunciada na Associação dos Advogados de São Paulo em 15.05.89, *apud* GRAU, 2002, pp. 227-228.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: O positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de doutorado. Orientador: Danilo Marcondes de Souza Filho. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Departamento de Filosofia, 2005.

TÁCITO, Caio. **Ensino Superior Oficial**. Parecer dado ao Conselho Federal da Educação em 03.06.1981 e publicado pela UFRJ, Rio, 1981.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Organização e atualização por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria Geral do Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1977.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **A Ordem Econômica**. In *A Constituição Brasileira – 1988 – Interpretações*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

WAISMANN, F. **The Principles of Linguistic Philosophy**. Londres: The Macmillan Press Ltd., 1971.

WAISMANN, F. **Verifiability**. In: FLEW, A. G. N. (ed.). *Logic and Language (First Series)*. Oxford: Basil Blackwell, 1978.

WITTGENSTEIN, L. **Investigações Filosóficas**. *Coleção Os Pensadores*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritto Costituzionale: Il Sistema delle Fonti del Diritto**. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1998, v. 1.