

MODELO ECONÔMICO NA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE, CRÍTICAS E PROPOSIÇÕES SOB UMA ÓTICA INSTITUCIONALISTA

ECONOMIC MODEL IN BRAZILIAN CONSTITUTION: ANALYSIS, CRITICISM AND PROPOSALS UNDER AN INSTITUTIONALIST VIEW

Gustavo Madureira Fonseca

RESUMO:

O objetivo desse trabalho é desenvolver um estudo crítico, essencialmente teórico mas com forte carga de aplicabilidade, sobre a relação entre Estado e mercado na vigente ordem constitucional econômica brasileira, com enfoque na consistência do arcabouço jurídico-institucional. Busca-se sintetizar, de modo não exaustivo, os contornos e a forma de execução do modelo econômico preconizado para, a partir desse estudo de base, questionar o acerto do transplante institucional, fundamentado pelo fetichismo da existência de um “pacote de instituições corretas”, visando adequá-lo aos novos padrões de legitimidade democrática e aos valores e princípios da ordem econômica. Nesse sentido, é perceptível a dificuldade que o presente paradigma possui em lidar com a existência de alternativas institucionais de organização econômica e financeira, para além de um modelo de mercado baseado em atores atomizados e carentes de segurança jurídica. Não se pretende negar ou desmerecer a importância dessas contribuições tradicionais, mas apenas salienta que as especificidades locais podem constituir um relevante óbice para a implantação exitosa de certas medidas. Por fim, sustenta-se que o melhor juízo comparativo entre arranjos institucionais não é hierárquico, mas sim o de adequação, e que as melhores soluções possivelmente derivam de sistemas que privilegiem a legitimação pelos próprios destinatários, o que é mais facilmente obtido com soluções customizadas, derivadas das necessidades específicas e amplamente debatidas e aceitas pelos canais democráticos.

PALAVRAS-CHAVE:

ESTADO E MERCADO; ALTERNATIVAS INSTITUCIONAIS ; ORDEM ECONÔMICA

ABSTRACT:

The aim of this work is develop a critical study, mainly theoretical but with a strong load of applicability, on the relationship between State and market in the current Brazilian economic constitutional order, with a focus on consistency of legal and institutional framework. We seek to synthesize, not an exhaustive way, the contours and the embodiment of the economic model advocated for, from this baseline study, questioning the wisdom of transplanting institutional fetishism justified by the existence of a "package of right institutions " adapting it to the new standards of legitimacy and democratic, values and principles of the economic order. In this sense, the difficulty is noticeable that this paradigm has to deal with the existence of alternative institutional economic and financial organization, beyond of a market model based on atomized actors and lacking of legal certainty. This is not to deny or belittle the importance of these traditional contributions, but only point out that the specificities locations can be a significant obstacle to the successful implementation of certain measures. Finally, it is argued that the best comparative judgment between institutional arrangements is not hierarchical, but the appropriateness and possibly the best solutions derived from systems that emphasize legitimation by the recipients, which is more easily achieved with customized solutions, derived of the specific needs and widely discussed and accepted by democratic means.

KEYWORDS:

STATE AND MARKET; ALTERNATIVE INSTITUTIONAL; ECONOMIC ORDER

INTRODUÇÃO

A crise econômica e financeira de 2008 fomentou a agenda de discussões sobre a relação entre Estado, mercado e sociedade. Analisando o atual panorama, nota-se que o “impensável ocorreu”¹ e o Estado, cuja intervenção na economia era repelida por alguns, passou a ser a gozar de relativo consenso. Entretanto, mesmo no meio acadêmico,

as ideias e teses keynesianas e schumpeterianas têm sido apresentadas e retomadas de modo mais ideológico do que analítico, convertendo o velho conflito entre Estado e mercado numa luta bíblica entre o bem e o mal não muito diferente da travada por São Jorge contra o dragão. O mesmo problema – simplificação, enviesamento e maniqueísmo – também pode ser identificado no debate jurídico, hoje fortemente marcado por uma acirrada polêmica entre os que reivindicam mais intervenção no mercado por parte do poder público, visto como único “porto seguro”, e os que afirmam que o Estado deve limitar sua ação à garantia das condições de estabilidade macroeconômica e à desobstrução dos entraves à livre concorrência, recorrendo, preferencialmente, a instrumentos legais de controle indireto².

Por seu caráter reducionista, essa posição tende a obscurecer o enorme e complexo campo analítico que a relação entre Estado, mercado e sociedade oferece aos juristas. Considerando que analisar exaustivamente todas elas exigiria uma coletânea de livros, se abordará apenas a conjuntura delineada pela Constituição brasileira de 1988, em especial, na legitimidade e adequação da condução da intervenção do Estado no domínio econômico.

A agenda desenvolvimentista, a partir da década de noventa, passou a incentivar a reformulação institucional dos países mais pobres, sob o argumento de que esse (e não mais a carência de infraestrutura física) seria o principal entrave aos seus desenvolvimento socioeconômicos. Como solução, deveria ser implantado um “pacote de instituições corretas” que poriam fim aos gargalos, promoveriam a eficiência e conduziriam à prosperidade. Contudo, como se evidenciará, esta estratégia nem sempre é capaz de produzir resultados homogêneos e satisfatórios, circunstância que, por si, fulmina o próprio fundamento da correição absoluta e universal do conjunto de práticas, regras e princípios. Em oposição a este entendimento, este artigo objetiva demonstrar a relevância da relação entre os arranjos jurídico-institucionais e as especificidades do contexto local, como meio de concretização da legitimidade democrática e da eficiência na alocação dos recursos.

Para atingir os fins colimando foi preciso caracterizar o modelo econômico adotado na Constituição, evidenciando a possibilidade de intervenção estatal, descrever seus mecanismos de sua execução para, após esse estudo de base, criticar o fetichismo institucional que vem

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. *O impensável aconteceu*. Folha de São Paulo, São Paulo, pág. A3, 26 de setembro de 2008.

² FARIA, José Eduardo. *Poucas certezas e muitas dúvidas: o Direito depois da crise financeira*. Revista Direito GV. Vol. 10, Jul-Dez. 2009. p. 297-324.

sendo desenvolvido nos últimos anos e, ao final, estabelecer critérios que possam contribuir para a eleição de arranjos institucionais mais condizentes com a realidade brasileira. É o que se passa a fazer, iniciando-se com a teorização geral sobre o modelo econômico na atual Constituição.

1. Modelo Econômico na Constituição de 1988.

O constituinte brasileiro de 1988 não fez menção expressa ao modelo econômico³ adotado, o que torna mais complexo o estudo do tema. Sucede que simplesmente afirmar a vigência de um modelo⁴, sem, contudo, explicitar o conteúdo semântico que se empresta ao termo, pode conduzir a graves confusões conceituais e desvirtuar os posicionamentos que serão explicitados. O conceito de liberalismo, por exemplo, já é, por si, plurívoco. Nicola Matteucci, discutindo-o, após identificar quatro diferentes níveis em que se poderia enfocar o conceito (histórico, filosófico, temporal e estrutural), conclui pela impossibilidade de uma definição satisfatória⁵. Se assim é com o conceito de liberalismo, o de neoliberalismo não poderia deixar de introduzir novas dificuldades na discussão semântica⁶.

³ Por modelo econômico entende-se a configuração peculiar assumida pela ordem econômica, afetada por determinado regime econômico. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 189-190. Esse, por sua vez, é a forma como – em cada sistema – “o poder (máxime, o poder político) se articula com a realidade econômica. A caracterização do regime econômico é uma moldura explicativa dos princípios da intervenção do Estado e da sua actuação financeira, tanto nos planos das ideologias inspiradoras como no das instituições de enquadramento(...) A noção de regime não se esgota –quer-nos parecer– na forma política do poder, mas inclui as demais formas de poder: os poderes sociais (sindicais patronais), os próprios poderes econômicos...” FRANCO, Antônio L. Sousa. *Noções de Direito da Economia*. Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982-1983, p. 142 *apud* GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, p. 79.

⁴ O entendimento que aparenta ser dominante e consistente na doutrina nacional é que o modelo eleito pelo constituinte de 1988 é o neoliberal. Nesse sentido “o perfil que a Constituição desenhou para a ordem econômica tem natureza neoliberal” COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol.1. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p.205. “O comportamento do legislador constituinte, definindo para o País um 'Estado Democrático de Direito' (art. 1º), evitando a expressão 'Estado de Direito', de sabor liberal, e aproximando-se do discurso da Carta Portuguesa de 1975 - embora não avançando ao ponto da Espanhola, de 1978, que consagra o 'Estado Social e Democrático de Direito' (art. 1º) -já autoriza-nos, salvo melhor juízo, a detectar na Carta de 1988 os elementos de uma 'economia de mercado' distanciada do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neoliberal, sendo este o único prisma capaz de permitir a sua análise correta" Esse trecho, contido em GRAU, ob. cit. 183, é uma parte da transcrição feita pelo professor Washington Peluso como roteiro de aula. “Sua (a Carta Magna de 1988) posição corresponde à do neoliberalismo ou social-liberalismo, o único, a meu ver, compatível com os problemas existenciais do nosso tempo” REALE, Miguel, *Constituição e Economia*, O Estado de São Paulo, 24.1.89, p.3 *apud* GRAU, ob. cit, p. 179.

⁵ “Liberalismo. I. UMA DEFINIÇÃO DIFÍCIL. — A definição de Liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos (G. De Ruggiero, M. Cranston) ou descobrir um Liberalismo "ecumênico" (T.P. Neill), que não têm muito a ver com a história. A razão da inexistência de consenso quanto a uma definição comum, quer entre os historiadores quer entre os estudiosos de política, é devida a uma tríplice ordem de motivos. (...) Ainda hoje a palavra liberal assume diferentes conotações conforme os diversos países: em alguns países (Inglaterra, Alemanha), indica um

Por conta disso, reputa-se mais conveniente descrever o modelo econômico preconizado pelo texto constitucional do que tentar enquadrá-lo em uma categoria pré-definida (liberal, neoliberal, intervencionista, etc.), evitando, assim, a influência das fortes cargas ideológicas inerentes a elas. Se é impossível obter um conceito correto, imune à críticas, ao menos devemos trabalhar com um conceito preciso, bem delimitado, o que se inicia com a análise das disposições constitucionais atinentes ao tema.

Inaugurando o título referente à ordem econômica e financeira e tratando dos princípios gerais da atividade econômica, o artigo 170 estabelece que esta seja fundada na livre-iniciativa, mas consagre também outros valores com os quais ela deve se compatibilizar⁷. Não se adota, portanto, um modelo em que há a livre e irrestrita interação entre os agentes econômicos. No direito brasileiro, a livre-iniciativa é um dos fundamentos de uma ordem econômica, que possui a finalidade de garantir a dignidade humana e a justiça social, não podendo ser encarada, exclusivamente, como expressão da liberdade individual⁸. Ao mesmo tempo em que se assegura aos particulares a primazia da produção e circulação dos bens e serviços, baliza-se a exploração dessa atividade com a afirmação de valores que o interesse egoístico do empresariado comumente desrespeita⁹.

Por conta disso, há quem defenda que a exploração da atividade econômica despida desses valores, ou seja, exercida com exclusivo objetivo de lucro e de satisfação pessoal do empresário seria, sob o ponto de vista jurídico, ilegítima¹⁰. Esse entendimento merece um pequeno, mas substancial, reparo. Há muito se sabe que o Direito não deve se ocupar das atitudes internas dos indivíduos, eis que incapazes de ofender bens jurídicos alheios, não

posicionamento de centro, capaz de mediar conservadorismo e progressismo, em outros (Estados Unidos), um radicalismo de esquerda defensor agressivo de velhas e novas liberdades civis, em outros, ainda (Itália), indica os que procuram manter livre iniciativa econômica e a propriedade particular. Por isso, um destacado pensador liberal (F. A. Hayek) propôs renunciar ao uso de uma palavra tão equívoca”.MATTEUCCI, Nicola, in *Dicionário de Política*. Vol I, 11ª Ed. Brasília: Editora UNB. 2004. p. 686-688.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *ob. cit.*, p.204.

⁷ Art. 170, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “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:”

⁸ Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o *valor social da livre iniciativa*. Isso significa que a *livre iniciativa* não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso, GRAU, *ob. cit.*, p. 210.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *ob.cit.*, p.205.

¹⁰ “(...)num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que ‘liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo’. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.” SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ªed., p. 111, Ed. Malheiros Editores Ltda, 1998. p 760.

sendo possível responsabilizar alguém por seus pensamentos, intenções ou crenças enquanto essas não forem exteriorizadas. Dessa forma, pouco ou nada importa se o objetivo é o lucro, a satisfação pessoal, ou qualquer outra intenção. Para o Direito, interessa somente o resultado desse exercício. Adequando a esse posicionamento, poderíamos reescrever as clássicas lições da seguinte forma: será ilegítima se o seu exercício resultar exclusivamente em lucro e satisfação pessoal do empresário.

Essa dicotomia motiva o (equivocado) entendimento de que os reflexos jurídicos dessa ordem econômica constitucional, seria a produção de um ordenamento jurídico mais fragmentado, sem unidade lógica, coerência programática e, muito menos, rigor conceitual, portanto, incapaz de solucionar as emergentes incertezas do novel sistema social e de buscar soluções para os problemas jurídicos daí advindos¹¹. As lições mais mezinhas de hermenêutica ditam que sendo a Constituição (e todo o ordenamento jurídico) um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas, impondo um esforço hermenêutico no sentido de interpretá-las de modo adequado e suficiente à superação de qualquer espécie de conflito real entre elas. Agir de outra maneira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma liberal e outra intervencionista e dirigista¹².

Superada essa questão, em síntese, pode-se afirmar que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”¹³ e que esse exercício deve ter¹⁴ “por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”¹⁵. Fora desses parâmetros, qualquer prática econômica será adversa à ordem constitucional, desrespeitando o programa instituído, padecendo de inconstitucionalidade institucional¹⁶. O Estado, como agente normativo e regulador, não se impõe ao mercado para dominá-lo, mas apenas para corrigir-lhe o rumo, adequando-o ao ditado pela Constituição. É um fiscal da ordem econômica

¹¹ FARIA, J. E. Os traços estruturais da nova arquitetura do direito. In: FARIA, José Eduardo. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65

¹² GRAU, ob. cit. p.190-191

¹³ Art. 170, parágrafo único, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹⁴ O texto do artigo diz “ter”, mas, como consideramos a ordem econômica deontologicamente, a leitura mais correta é “deve ter” ao invés de “ter”

¹⁵ Art. 170, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “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:”

¹⁶ A expressão foi cunhada por Eros Grau *in* GRAU, ob.cit, p. 191.

organizada pelos particulares¹⁷. Não o dirige, apenas intervém¹⁸ para que a liberdade de iniciativa ocorra nos quadros dos princípios constitucionais. Consequentemente, em casos excepcionais, quando a ocorrência de certas anomalias for capaz de pôr em risco o próprio fundamento da atividade econômica livre, pode o Estado promover a imposição de restrições na espontaneidade contingente do mercado com o objetivo de salvaguardá-la. Isto, obviamente, como exceção e jamais como regra, pois restringir regularmente não é fiscalizar, incentivar ou planejar¹⁹, mas dirigir a economia, o que é repudiado pela Constituição²⁰.

2. Formas de Intervenção .

Constatada a possibilidade de interferência estatal no domínio econômico²¹, é preciso descrever os mecanismos que o texto constitucional reservou para sua operacionalização. Sobreleva destacar que trataremos tão somente da intervenção estatal, considerada aqui como a atuação em domínio de outrem, intromissão excepcional do Estado em área de titularidade própria do setor privado. Exclui-se desse conceito - e por consequência do objeto do estudo - a prestação de serviço público, eis que, no caso, o Estado atua em sua própria titularidade²².

Essa intervenção estatal, cujas nomenclaturas e classificações dividem a doutrina²³, podem ser sintetizadas nos regimes jurídicos preconizados pelos artigos 173 e 174 da Constituição, ou seja, pela intervenção “no” e “sobre” o domínio econômico²⁴, respectivamente. No primeiro caso, o Estado atuará como agente econômico, explorando

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

¹⁸ “Ora, é aqui que entra a distinção entre intervencionismo e dirigismo. O primeiro é atitude flexível, que visa a estimular o mercado e a definir as regras do jogo. Já o segundo se caracteriza por uma atitude rígida, que impõe autoritariamente certos comportamentos”. XAVIER, Alberto Pinheiro, *Repressão aos abusos do poder econômico*, in Curso de Direito Empresarial, vol. 3.º, São Paulo, 1976, p. 82 *apud* FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Economia e o Controle do Estado*. Revista de Direito Público, n.º 91, RT, São Paulo: 1989, pp. 76/86

¹⁹ Atribuições que são conferidas pelo art. 174 da Constituição Federal: “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”.

²⁰ FERRAZ JÚNIOR, ob. cit. p. 76-86

²¹ Essa possibilidade é tão evidente que o art. 149 de nossa Constituição Federal, com a redação dada pela EC 19/01, permite que a União institua Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico.

²² GRAU, ob. cit. p. 90.

²³ Para ilustrar e afirmar a controvérsia, cito os posicionamentos de José Afonso da Silva e Marçal Justen Filho. Para o primeiro, o Estado pode atuar por intervenção ou participação (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213), enquanto para o segundo a intervenção no domínio econômico pode se dar de forma direta ou indireta (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 465)

²⁴ GRAU, ob. cit. p. 143

diretamente atividade econômica, em regime concorrencial ou de monopólio. No segundo caso (intervenção sobre o domínio econômico), exercerá o papel de agente normativo e regulador, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

2.1. Intervenção no domínio econômico.

Os ditames do artigo 173 da constituição estabelecem as regras para a atuação empresarial do Estado. Nesses casos, o Estado constitui uma pessoa jurídica que passa a atuar diretamente no mercado, fornecendo bens ou serviços. Ressalvados alguns poucos casos expressamente previstos²⁵, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

No contexto da ordem econômica na Constituição de 1988, a expressão segurança nacional guarda relação com as atividades que dizem respeito diretamente à produção de bens e serviços necessários à defesa nacional (art. 22, XXVIII, CF). Isso não significa que toda produção bélica tenha de ser gerada pelo Estado obrigatoriamente. O que o texto constitucional consagra é uma permissão para que, ocorridos pressupostos relativos à segurança nacional, passe o Estado a desempenhar atividade ou indústria que se mostrarem necessárias.²⁶

Em análise preliminar, haverá relevante interesse coletivo²⁷ em determinada atividade econômica quando os particulares não forem capazes de suprir adequadamente as necessidades de um mercado relevante. Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 170, §1º) atribuía ao Estado-empresário um “caráter suplementar da iniciativa privada”. Essa leitura, entretanto, é insuficiente para os dias atuais. Ainda que a incapacidade ou falta de interesse do setor privado no suprimento da oferta de determinados bens ou serviços seja, a

²⁵ Artigos 177 e 21, XXII, ambos da Constituição Federal.

²⁶ BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7º vol., Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2000, p. 55. No mesmo sentido. GRAU, ob. cit. p.280. Sobre o tema vale conferir a Lei 7170/83 (Lei de Segurança Nacional) e o projeto de lei nº 6.764/2002 que “Introduz, no Código Penal, Título relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito e revoga e Lei de Segurança Nacional”.

²⁷ Apesar de o texto constitucional se referir a “interesse coletivo”, acreditamos que o conceito de interesse difuso expresse com mais exatidão a norma contida no texto. Segundo as definições expressas no artigo 81 da Lei 8078 (Código de Defesa do Consumidor) ambos são transindividuais, indivisíveis e titularizados por um grupo de pessoas ligados por um fato (interesses difusos) ou por uma relação jurídica base (interesses coletivos). Não nos parece razoável que a justificativa para a intervenção estatal no domínio econômico seja uma relação jurídica base que ligue uma coletividade ou esta a com uma parte adversa. Entendemos, ao revés, que a existência de uma realidade empírica (um ou mais fatos) é o que motiva e justifica a atuação estatal nos moldes do artigo 173 da Constituição. Entretanto, feitas as devidas ressalvas, optamos por manter a expressão interesse coletivo, já consagrada na constituição e na doutrina pátria.

priori, um indicativo de relevante interesse coletivo, isso não basta. No atual contexto constitucional, notadamente principiológico, a exigência só será cumprida se atendidos os princípios que regem a ordem econômica²⁸. Sendo assim, para que haja relevante interesse coletivo, é preciso que haja, por exemplo, valorização do trabalho, respeito à dignidade humana, garantia de função social da propriedade, entre outros²⁹. Em resumo, pode-se afirmar que o conteúdo da noção de relevante interesse coletivo deve ser delineado pelos princípios norteadores da ordem econômica.

Essa excepcionalidade da intervenção direta do Estado no domínio econômico, gera uma relevante consequência para o mundo do Direito. Quando a intervenção direta é substituída por relações contratuais com prestadores de serviços mais ou menos independentes, já não é mais possível resolver disputas por meio dos canais hierárquicos. O que costumava ser uma espécie de conflito burocrático interno passa a ser “externalizado” conduzindo ao litígio nos foros apropriados. Uma vez que o Judiciário se torna a instância para a solução de disputas entre agentes governamentais e agentes autônomos, os magistrados se tornam atores significativos, às vezes os mais significativos, do processo administrativo, o que opera um significativo incremento do papel do Judiciário³⁰.

2.2. Intervenção sobre o domínio econômico.

Ao atuar sobre o domínio econômico, o Estado o faz no papel de agente normativo e regulador para, sobretudo, balizar o uso do poder econômico pelos particulares³¹. Apesar de se reconhecer que o mercado possui “leis” próprias de autorregulação, não se supõe que sua organização natural se dê em função dos interesses sociais³². E mais, ainda que isso ocorresse (e não ocorre), ou seja, que o equilíbrio de mercado ocorresse em função da melhor alocação social dos recursos, não se poderia garantir que essa distribuição seguiria os preceitos constitucionais, o que a tornaria, do ponto de vista jurídico, ilegítima.

²⁸ GRAU, ob. cit. p. 284.

²⁹ Para uma enumeração mais completa, conferir GRAU, ob. cit. p. 84.

³⁰ MAJONE, Giandomenico. *Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. In PRADO, Mariana Mota et al (org) *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 71.

³¹ Segundo o artigo 174, CF, esse balizamento se dá no exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

³² Paul Krugman (KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução de Helga Hoffman. São Paulo: Campus, 2007. p.3) contrariando as clássicas lições de Adam Smith, desfaz o dogma de que o agir auto-interessado dos indivíduos tendem a atender aos interesses de toda a sociedade. São as chamadas falhas de mercado, casos em que há descompasso entre eficiência econômica e social. Essa situação também é evidenciada pelos estudos do também ganhador do prêmio Nobel (1994) John Nash. Em suas formulações (mais especificamente no que ficou conhecido como “equilíbrio de Nash”) o matemático americano demonstra que em situações estratégicas nem sempre a melhor situação para o indivíduo é a melhor para o grupo.

Os estudos econômicos sobre a norma descrevem basicamente três influências provocadas por ela: servir de base para a estruturação dos mercados, distorcê-los ou corrigir-lhes o equilíbrio.

Quando um mercado atende as condições para ser eficiente no sentido de Pareto³³, a edição de uma norma sobre ele terá efeito negativo do ponto de vista da geração de riqueza, mas será socialmente relevante, impondo a prevalência de um valor que estava sendo desrespeitado. Esta norma será, portanto, distorciva do equilíbrio de mercado, tornando-o menos eficiente, porém socialmente melhor. Essa necessidade deriva do tempo necessário para que os mecanismos endógenos de equilíbrio dos mercados se estabeleçam. Se os ajustes do sistema de preços fossem instantâneos, não haveria a tensão social que motiva a intervenção do legislador. Exemplos dessas normas são as que estabelecem pisos ou tetos para as transações³⁴.

Atuando em sentido oposto, verifica-se a existência de normas que se prestam justamente a corrigir imperfeições³⁵ de determinado mercado, cujo equilíbrio não é pareto-ótimo³⁶. É o que ocorre quando os mecanismos de mercado, deixados livremente ao seu próprio funcionamento, originam (ou possuem alto risco de originar) resultados econômicos ineficientes ou indesejáveis do ponto de vista social. Se a edição de normas conseguir eliminar tais falhas a um custo razoável, poderá melhorar a eficiência do mercado, ou mesmo assegurar sua viabilidade³⁷. A regulação do setor financeiro, especialmente o bancário, reflete com clareza essa circunstância. Parte-se da premissa que o regime de *free banking*, onde não haveria qualquer intervenção estatal, exponha os pequenos depositantes e o sistema de pagamentos a um risco exagerado. Por conta disso, o Estado edita normas que impedem que esse risco exagerado seja assumido, mitigando as chances de crise sistêmicas. O desafio aqui

³³ A eficiência de Pareto é alcançada quando em uma transação econômica é impossível que a situação de um indivíduo melhore sem que isso importe na piora da situação de outro, ou seja, para que A ganhe, B tem que perder, o que demanda eficiência nas trocas e na produção e que os bens produzidos reflitam as preferências dos consumidores. “Situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa sem piorar a situação de qualquer outra.” SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. 11ª ed. São Paulo: Best Seller, 2003.p.437.

³⁴ ÁRIDA, Pérsio, *A Pesquisa em Direito e em Economia: em Torno da Historicidade da Norma*, Revista Direito GV. Vol. 1, 2009. p. 14.

³⁵ Sobre o tema, vale conferir os seguintes textos: CANÊDO-PINHEIRO, Maurício, *et al*, *Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial*, Ensaio Econômico, nº 644, Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 14-27; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Mercado, Estado e Teoria Econômica: uma breve reflexão*. Revista Econômica, v.1, n.1, 1999, p.09 – 25.

³⁶ Vide nota 33.

³⁷ MAJONE, ob. cit. p.3

consiste em reduzir ao mínimo a probabilidade de um colapso sem inibir o processo concorrencial³⁸.

A terceira vertente de pesquisas se volta para a norma como o regramento a partir do qual contratos e mercados são estruturados. Foi o que se deu com a edição da Lei 6404/76, que possibilitou o surgimento das sociedades por ações no Brasil. É bem verdade que elas derivaram da necessidade de dar forma institucional a blocos de capital maiores do que aqueles tipicamente agrupados no interior de famílias, permitindo explorar atividades com lucratividade maior do que a média em setores com escala de operação mínima elevados. No entanto, o ponto a que se quer chegar é que a norma foi a base permissiva e estruturante da realidade que se desenvolveu dali por diante³⁹.

Convém ressaltar que todas essas formas de intervenção normativa e reguladora podem se dar por direção ou indução. Na primeira o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os agentes que exercem atividade econômica. No caso das normas de intervenção por indução defrontamos com preceitos que, embora prescritivos, não são dotados da cogência das normas de intervenção por direção. Trata-se de normas dispositivas, nas quais o comando, é substituído pelo convite. Ao destinatário da norma resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, deixando de aderir à prescrição nela veiculada. Aderindo, porém passa a gozar de privilégios que lhe garantem uma posição privilegiada nos mercados⁴⁰. A norma não proíbe ou determina uma conduta, mas a onera ou fomenta de tal sorte que ela se torna quase que economicamente proibitiva/impositiva. Ao conceder incentivos ao invés de impor condutas, o Estado confere alternativas aos agentes econômicos, reduzindo (se não eliminando) sua interferência na livre iniciativa⁴¹.

3. Execução do Modelo Constitucionalmente Adotado.

Demonstrada a possibilidade e evidenciados os meios para a intervenção estatal na economia em nosso modelo constitucional, o próximo passo é explicitar como ela vem sendo feita. A restrição temporal dessa pesquisa, mantendo coerência com os itens anteriores, se

³⁸ ÁRIDA, ob. cit. p. 14-15

³⁹ ÁRIDA, ob. cit. p. 16.

⁴⁰ GRAU, ob. cit. p. 144.

⁴¹ Voto do ministro Cezar Peluzo na ADI 1950.

limitará ao vigente texto constitucional, motivo pelo qual apenas as diretrizes das intervenções ocorridas após 1988 serão objeto de estudo. Essa escolha não apresenta prejuízos metodológicos uma vez que coincide com a mudança no paradigma desenvolvimentista que, após focar em obras de infraestrutura e ajustes macroeconômicos, voltou-se para o aprimoramento institucional.

Um dos propulsores dessa mudança foi a emergência da Nova Economia Institucional⁴² que, através da revisão dos fundamentos da teoria econômica clássica, introduziu, dentre outras, as noções de que a racionalidade dos agentes é limitada e que há custos para interagir com o mercado (custos de transação). Se, por exemplo, os agentes possuíssem uma racionalidade ilimitada, pouco importaria o ambiente em que a decisão teria que ser tomada. Por mais complexo e confuso que ele fosse, a racionalidade ilimitada do agente compensaria as incertezas ambientais e lhe permitiria analisar, prever, julgar e determinar-se com exatidão sobre a decisão que lhe traria maior bem-estar. Entretanto, como demonstram inúmeros estudos⁴³, o *homo economicus* da teoria clássica, dotado de racionalidade ilimitada, não existe, sendo atualmente considerado um tipo ideal e não uma realidade empírica. Ainda que não houvesse limitações neurofisiológicas ou cognitivas, e nossos corpos pudessem processar um volume infinito de informação, a incapacidade de expressar integral e precisamente os sentimentos através de números, gráficos, palavras ou qualquer outro signo, dificulta o entendimento da mensagem e constitui um limite linguístico à racionalidade humana⁴⁴. Nessa perspectiva, como a racionalidade é limitada, para que boas decisões sejam tomadas, é necessário que as condições jurídico-institucionais sejam as melhores possíveis.

Por conta disso, a partir da década de 90, as agências internacionais inauguraram uma terceira fase em sua agenda de ação⁴⁵, modelo que obteve adesão do Brasil⁴⁶. Neste, há plena

⁴² Sobre o tema, são clássicos os estudos de COASE, NORTH e WILLIAMSON, dentre os quais, se destacam: COASE, Ronald., *The nature of the firm*, *Economica*, v. 4, p. 386-405, 1937; NORTH, Douglass, *Structure and change in economic history*, W.W. Norton & Company ed., New York, 1981. NORTH, Douglass, *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, Cambridge, England, 1990; WILLIAMSON, Oliver, *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations*, *The Journal of Law and Economics*, v. 22, n. 2, p. 239-261, 1979. WILLIAMSON, Oliver., *The economic institutions of capitalism*, New York, Free Press, 1985. WILLIAMSON, Oliver., *The new institutional economics: taking stock, looking ahead*, *Journal of Economic Literature*, v. XXXVIII, p. 595-613, September 2000.

⁴³ THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass, *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

⁴⁴ WILLIAMSON, Oliver, *Transaction Cost Economics and Organization Theory*, *Journal of Industrial and Corporate Change*, 1993 *apud* SANTOS, Selma Regina dos, *A Nova Economia Institucional*, Resumos, 2011.

⁴⁵ “É bastante expressiva dessa inversão de prioridades a comparação apresentada por Robert Danino, então membro do *staff* diretor do Banco mundial: há cerca de 30 anos, 58% dos dispêndios do Banco eram alocados

confiança na promoção do desenvolvimento através de arranjos institucionais capazes de amparar um ambiente econômico estável e seguro para as transações, especialmente as privadas. Isso inclui desde a reforma do Judiciário até a incorporação de novos diplomas legislativos, passando ainda pela promoção de novas regulações no ambiente financeiro e pela adoção de boas práticas de governança corporativa. Entende-se que incapacidade de oferecer uma resposta satisfatória ao ambiente de negócios, causada pela inadequação institucional, dificulta o processo de desenvolvimento social e econômico. Na realidade, a intervenção econômica do Estado, que tinha como fundamento o diagnóstico e correção das falhas de mercado, passou a ser modulada pela noção de falhas de governo⁴⁷.

4. Críticas ao que vem sendo feito.

Partindo da premissa de que o ambiente é importante, os formuladores de política pública têm buscado modificar as regras do jogo, com a finalidade de garantir campo mais propício para a atuação dos atores econômicos. Valem-se especialmente de “transplantes institucionais”, voltados a incorporar no ambiente jurídico-institucional de países em desenvolvimento regras e práticas bem-sucedidas em países desenvolvidos. Entretanto, essa

em projetos de infraestrutura, ao passo que, atualmente, essa rubrica responde por apenas 22% dos investimentos, enquanto os programas de qualificação institucional passaram a representar 52% dos desembolsos do Banco”, SCHAPIRO, Mario Gomes, *Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*, Rev. direito GV vol.6 no.1 São Paulo, 2010.

⁴⁶ O plano de ação previsto no Relatório de Spread e Juros do Banco Central do Brasil na última década é quase uma cópia do sugerido pelo Banco Mundial em sua publicação “Doing Bussines”. Além disto, nas instituições públicas de fomentos há diversas linhas de financiamentos para que as municipalidades aprimorem suas capacidades gerencial, normativa, operacional e tecnológica da administração municipal. Por todas, cito o programa BNDES PMAT, cujo objetivo é “apoiar projetos de investimento da Administração Pública Municipal voltados à modernização da administração tributária e à melhoria da qualidade do gasto público, a fim de proporcionar aos municípios uma gestão eficiente, que gere aumento de receitas e/ou redução do custo unitário dos serviços prestados à coletividade”. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/Apoio_Financeiro/Produtos/FINEM/pmat.html> Acesso em janeiro de 2014.

⁴⁷ É interessante notar, ainda, “em consonância com tal perspectiva de desenvolvimento, pode-se constatar, nessa agenda, uma primazia do direito privado sobre o direito público (Kennedy 2006, pp. 138-139). diferentemente do contexto desenvolvimentista, entre as décadas de 1960 e 1970, em que os dispositivos de direito público dedicados a conceber o desenho do aparato institucional e encarregados de uma regulação ativa e vertical do ambiente econômico tinham a primazia no panorama jurídico-institucional, as novas políticas de desenvolvimento parecem contar com uma intervenção reguladora mais branda, fundada em dispositivos horizontais ou mecanismos de contenção da discricionariedade estatal: favorecem, com isso, os instrumentos provenientes do direito privado. sob a égide do paradigma *Rule of law*, portanto, a intervenção jurídica de caráter *goal-oriented*, presente, por exemplo, nas regras de planejamento econômico, tem cedido espaço para as iniciativas de autorregulação ou de regulação indireta”, SCHAPIRO, ob. cit. Sobre o tema vale ainda conferir CAMPOS, Humberto Alves, *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*, Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008

abordagem nem sempre é certa, sobretudo pela dificuldade demonstrada em compreender as especificidades institucionais dos países menos desenvolvidos.

Um bom exemplo é o arcabouço dos sistemas de financiamento. Ainda que haja consideráveis diferenças entre os modelos anglo-saxônico e nipo-germânico⁴⁸, em ambos a participação do setor público é pouco significativa. Nas economias em desenvolvimento, em virtude de especificidades históricas e conjunturais, sobretudo pela insuficiência do setor privado em prover os financiamentos de longo prazo ou de alto risco, o Estado assumiu o papel de protagonista nesse cenário, encarregando-se de suprir o capital financeiro necessário para levar adiante o planejamento do desenvolvimento nacional. Ao contrário do que ocorre nos modelos citados, nos países em desenvolvimento o Estado atua “no” e “sobre” o sistema financeiro, constituindo um terceiro modelo de financiamento.

Cada um desses modelos contam, como não poderia deixar de ser, com um elenco próprio de dispositivos regulatórios e de governança para reger as relações entre financiadores e financiados. É comum, entretanto, que se identifique as singularidades institucionais como se fossem desvios, ou equívocos, para cuja solução se tem recomendado, habitualmente, a adoção de um “pacote de instituições corretas”⁴⁹, o que não merece prosperar. De acordo com essa compreensão, o grau de eficiência se encarregaria de selecionar aquelas ferramentas jurídicas provedoras de melhores retornos econômicos, descartando todas as demais, supostamente menos adequadas para os interesses dos agentes racionais e maximizadores, em uma espécie de seleção natural das instituições⁵⁰.

Essa percepção parece olvidar-se que

as instituições, como o próprio direito, não são externas ao ambiente social. Os aparatos reguladores e os mecanismos de governança, assim como os demais dispositivos de coordenação econômica, são construídos socialmente, razão pela

⁴⁸ O modelo anglo-saxão é fortemente baseado no mercado de capitais, enquanto o nipo-germânico funda-se nos bancos privados e no mercado de crédito.

⁴⁹ Apenas para demonstrar como as especificidades são ignoradas, vale a transcrição do trecho contido em SCHAPIRO, ob cit.: (i) as reformas econômicas ocorridas nos países latino-americanos; (ii) a transição das economias soviéticas para a ordem de mercado; e (iii) as propostas de alteração institucional recomendadas pelo Banco mundial aos países da África subsaariana (santos, 2006, p. 268). em todos esses episódios, ainda que provenientes de fenômenos históricos diferenciados e guardando pouca identidade entre si, as estratégias recomendadas por agências internacionais e implementadas pelos governos locais tiveram uma plataforma comum: a reforma dos ambientes jurídico-institucionais. tanto na América Latina como no leste europeu, ou na África subsaariana, prevaleceu o entendimento de que a promoção de boas regras do jogo na forma de promoção da segurança jurídica, de estímulo ao ambiente privado de negócios e de mitigação das ações interventivas do estado despertaria, por si só, o desenvolvimento econômico e social dos países (Kennedy, 2003, p. 17)”.

⁵⁰ SCHAPIRO, Mario Gomes, *Novos Parâmetros pra a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica da Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*, 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, p.55.

qual, a sua constituição não se vincula, apenas, à persecução da eficiência. Antes de mais nada, lembraria POLANYI, tais dispositivos estão incrustados no tecido social.

Com base neste pressuposto conceitual, não parece consistente admitir que exista uma fórmula única e correta de se regular as relações em sociedade, como se houvesse um darwinismo institucional. Ao contrário disso, lembra Ha-Joon CHANG, nesse campo, o *darwinismo* cede espaço para as proposições *lamarckistas*: como as políticas e as instituições são construções sociais, e não biológicas, e são ainda embasadas em laços e identidades culturais, as qualidades adquiridas por uma geração são transmitidas para as demais. Trata-se do que a literatura denomina de dependência da trajetória institucional (*path dependence*), ou seja, as escolhas e os caminhos passados condicionam a formação das estruturas institucionais futuras. É a partir daí que se pode entender a noção de alternativas institucionais.⁵¹

Portanto, é preciso ampliar o campo de visão e romper com a ideia de que existam instituições corretas e incorretas. A existência de dois modelos de financiamento (nipo-germânico e anglo-saxão) já é um forte indicativo da inconsistência do argumento que preconiza a existência de um “pacote de instituições corretas”. A presença ou ausência de uma gama de direitos ou instituições não significa necessariamente atraso ou distorção, mas sim que uma circunstância social e histórica gerou um arranjo institucional singularmente moldado por e para a realidade a que se vincula. Tampouco se deve admitir a tese de que esse novo arranjo é necessariamente menos eficiente. A experiência do Grameen Bank, como se verá adiante, apesar de violar diversos corolários da *Law and Finance* sobre o controle de inadimplência, não fracassou como se poderia esperar, muito pelo contrário. Seus resultados, com inadimplência tradicionalmente abaixo de 1% da carteira ativa⁵², tornaram a iniciativa mundialmente reconhecida.

Ao ignorar as especificidades locais, essa estratégia de “transplantes institucionais” comumente enfrenta resistência, o que, quando não impede as mudanças, resulta em menor eficiência quando comparado ao sistema original. A primeira resistência é de ordem política para a realização das reformas absolutamente estranhas ao sistema, que pode ser encarado como redução na soberania. Além disso, em muitos casos, as novas instituições se mostram inconsistentes com a trajetória histórica e cultural da população, valores já endogeneizados pelos arranjos locais, e que colidem com o novo panorama⁵³.

⁵¹ *Idem*

⁵² Para comprovar a veracidade das informações basta conferir os resultados do programa de microcrédito do Banco do Nordeste, o maior da América Latina, disponível em http://www.banconordeste.gov.br/content/aplicacao/produtos_e_servicos/crediamigo/docs/relatorio_2011_portugues.pdf, Acesso em janeiro de 2014.

⁵³ SCHAPIRO, Mario Gomes, *Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*, Rev. direito GV vol.6 no.1 São Paulo, 2010.

5. Possíveis Encaminhamentos para Soluções.

Pressupondo-se que não exista uma fórmula única e correta de se regular as relações em sociedade, que a viabilidade de cada modelo institucional depende de uma multiplicidade de fatores, e que a importação direta de soluções nem sempre é positiva; ao Estado restam basicamente três opções: não interferir, inovar ou adaptar (e não transplantar) os arranjos estrangeiros. Na prática, criar ou adaptar, significam realidades muito próximas, que se diferenciam basicamente pela presença (criar) ou ausência (adaptar) de ineditismo.

A primeira opção é manter-se inerte, confiando aos particulares os ônus da autorregulação e imposição de sanções lícitas. Em determinados casos, a reprovação moral, social ou econômica pode ser suficiente ou até mais grave do que a prevista pelo Direito. Além da intensidade, a execução da punição é praticamente instantânea e possui forte repercussão social, especialmente em um mundo cada vez mais integrado pela tecnologia. O exemplo de um comerciante que atua no espaço cibernético, cujo bem mais preciso é a reputação, é elucidador. Essa perda de capital simbólico dentro da comunidade pela não entrega de um produto, por exemplo, pode conduzi-lo à ruína, o que serve de forte incentivo para que ele busque a reparação do dano. Criou-se, portanto, um eficaz aparelho normativo e sancionador, alternativo ao do Estado e que não conta com sua interferência. Cumpre repisar, contudo, o que se afirmou ao tratar das normas distorcivas⁵⁴: Ainda que a intervenção estatal torne o arranjo menos eficiente, ela pode se tornar necessária na medida que imponha prevalência de um valor que estava sendo desrespeitado.

Optando por agir, é preciso buscar a legitimidade para a prática dos atos necessários. Mantendo coerência com o raciocínio exposto ao longo do texto, ou seja, de que a noção de que existam instituições universalmente corretas é inconsistente, não se poderia admitir que haja apenas uma forma de se garantir a legitimidade. Ao pressupor que o único padrão da legitimidade democrática é a responsabilidade direta para com os eleitores ou para com o governo que expresse a maioria parlamentar do momento, então, um Estado de tribunais e de especialistas tecnocráticos obviamente estaria sofrendo de um déficit democrático⁵⁵. A legitimidade clássica, que decorre exclusivamente da delegação de competência instituída pela norma, não mais subsiste. A legitimidade das instituições depende de sua capacidade de gerar e manter a crença de que são as mais apropriadas para as funções a elas confiadas⁵⁶, o

⁵⁴ Vide item 2.2

⁵⁵ MAJONE, ob. cit. p. 76.

⁵⁶ MAJONE, ob. cit. p. 78.

que vai depender do ato a ser praticado, da intensidade de seus reflexos e do contexto em que se insere.

A partir desses parâmetros, que adicionam elementos normalmente desconsiderados ao tema, tornando-o mais complexo, é possível traçar as diretrizes que devem embasar a intervenção do estado no domínio econômico.

Primeiramente, é preciso considerar que a Constituição Brasileira de 1988, em relação à ordem econômica, especialmente pelo disposto nos seus artigos 1º, 3º, 7º a 9º, 201, 202, 218 e 219⁵⁷, definiu tarefas e programas a serem concretizados pelos poderes públicos, sendo, portanto, um ordenamento econômico e social⁵⁸. Esse projeto de Estado pode ser sintetizado pelos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispostos no terceiro artigo do texto constitucional. Pode-se afirmar, assim, que o Estado brasileiro tem por meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e marginalização, além de redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação.

Esses preceitos constitucionais não podem ser reduzidos a meros enunciados axiológicos, ideais suscetíveis de maior ou menor adesão de acordo com a discricionariedade⁵⁹. Ao contrário do que doutrina Cretela Junior⁶⁰, os objetivos fundamentais não são “utopias” despidas de normatividade, que constam no texto constitucional como “objetivos de intenção”, muito pelo contrário. Trata-se, na verdade; de diretrizes que devem nortear toda e qualquer atividade, possuindo caráter cogente, vinculante e de observância obrigatória, sob pena de responsabilidade. Por conta disso, qualquer iniciativa, principalmente as provenientes do Poder Público, para ser legítima do ponto de vista constitucional, deve estar alinhada a esses objetivos, concretizando-os. Vigem entre nós, portanto, um sistema em que há um programa de Estado que vincula todo programa de governo, restringindo sua atuação aos rumos previamente determinados na Constituição. Seria inconcebível (e sujeita aos mecanismos jurídicos de correção), por exemplo, uma política pública tendente a

⁵⁷ A enumeração é uma reprodução parcial do contido em GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 191

⁵⁸ MOREIRA, Nelson Camata. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. v. 12, 2008.

⁵⁹ COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à Constituição Federal*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989. p.319

⁶⁰ CRETELA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição federal de 1988*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1993.585p

concentrar renda, por colidir com o dispositivo que estabelece que as desigualdades sociais devem ser reduzidas.

Além de buscar a realização dos princípios constitucionais da ordem econômica, as iniciativas devem estar em sintonia com as especificidades socioeconômicas da coletividade a que se destina. Como exaustivamente demonstrado, não existe um arranjo institucional que dê conta de um espaço amostral infinito. A legitimidade das instituições, como já afirmado, depende de sua capacidade de gerar e manter a crença de que são as mais apropriadas para as funções a elas confiadas, e isso é mais facilmente obtido através do experimentalismo, da observação empírica e da criatividade, que possibilitam a criação de soluções customizadas, feitas na medida da necessidade, como que sob encomenda.

Um exemplo de sucesso dessa concepção é a metodologia de concessão de crédito desenvolvida por Muhammad Yunus para financiar o desenvolvimento da aldeia de Jobra em Bangladesh. No procedimento tradicional, o crédito é concedido com base em análises contábeis, projetos formais do tomador e de garantias fundadas em ativos reais, o que inviabilizava sua concessão aos cidadãos da aldeia. Na prática era como se o sistema financeiro não existisse para aquela comunidade, eis que inacessível. Visando solucionar esse impasse, uma equipe de alunos e professores da Universidade de Chittagong, chefiados por Yunus, desenvolveu uma metodologia inovadora, observando as especificidades locais. Na nova sistemática a garantia deixa de ser o capital econômico e passa a ser o capital social, ou seja, os recursos simbólicos tais como a informação, influência, prestígio, confiança e reconhecimento, que indivíduos e grupos adquirem através das relações que constroem, acumulam e mantêm⁶¹. Desse embrião, que iniciou seu desenvolvimento com apenas US\$27,00 provenientes do próprio Yunus, nasce um modelo paradigmático, que foi laureado com o prêmio Nobel da paz, em 2005.

⁶¹ SILVA, Marcelo Kunrath e OLIVEIRA, Gerson de Lima, *Solidariedade assimétrica: capital social, hierarquia e êxito em um empreendimento de "economia solidária"* Rev. Katál. Florianópolis v. 12 n. 1 p. 59-67 jan./jun. 2009. Sobre o tema, vale conferir ainda: KHAN, Ahmad Saeed; SILVA, Lucia Maria Ramos. *Capital social das comunidades beneficiadas pelo programa de combate à pobreza rural - PCPR/Projeto São José - PSJ - estado do Ceará*. Rev. Econ. Sociol. Rural, Brasília, v. 43, n. 1, Mar. 2005 .

CONCLUSÃO

Verificamos, então, que a intervenção econômica do Estado brasileiro pode se dar de diversas formas, mas sempre com fins de implementar a política econômica juridicamente adotada. Seja atuando “no” ou “sobre” o domínio econômico, o Estado deve objetivar a concretização dos princípios e valores da ordem econômica constitucional e promover iniciativas condizentes com a realidade local. Para tanto, é preciso observar que nem sempre as instituições se modificam por razões econômicas e, mesmo esse seja o principal fator de determinada modificação, é imperioso que isso seja feito em coerência com o arcabouço jurídico e com contexto social como um todo.

O paradigma atualmente instituído tem dificuldade em lidar com a existência de alternativas institucionais de organização econômica e financeira, para além de um modelo de mercado baseado em atores atomizados e carentes de segurança jurídica⁶². Não se pretende negar ou desmerecer a importância dessas contribuições e nem tampouco advogar, por exemplo, no sentido de que o modelo de concessão de crédito preconizado por Yunus seja superior ao tradicional. A relação não é de hierarquia, mas sim de adequação: para os pobres moradores de Jobra, as soluções que se mostram adequadas para a realidade inglesa ou alemã são absolutamente inócuas. O que se observa é que a nova metodologia foi o melhor arranjo institucional para aquelas condições, o que não significa que repetirá os resultados se implantada em outra realidade.

Por fim, é importante lembrar que “melhor arranjo institucional” não significa “arranjo institucional mais eficiente”. Ainda que se considere que o conceito de eficiência está contido no de Justiça⁶³, não se pode elegê-lo como único norte a ser seguido. É preciso que haja legitimação pelos próprios destinatários do sistema, o que, como se demonstrou, é mais facilmente obtido com soluções customizadas, derivadas das necessidades específicas e amplamente debatidas e aceitas pelos canais democráticos.

⁶² SCHAPIRO, Mario Gomes, *Repensando...*, p. 205.

⁶³ “Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício. Toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra” in GICO JR, Ivo T. *Introdução ao Direito e Economia* in TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012

Bibliografia:

ÁRIDA, Pêrsio, *A Pesquisa em Direito e em Economia: em Torno da Historicidade da Norma*, Revista Direito GV. Vol. 1, 2009

BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*, 7º vol., Ed. Saraiva, 2ª. ed., 2000

CAMPOS, Humberto Alves, *Falhas de mercado e falhas de governo: uma revisão da literatura sobre regulação econômica*, Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v. 5, n. 2, p. 341-370, jul./dez. 2008

CANÊDO-PINHEIRO, Maurício, *et al*, *Por que o Brasil não Precisa de Política Industrial*, Ensaios Econômicos, nº 644, Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, 2007, p. 14-27;

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

_____. *Mercado, Estado e Teoria Econômica: uma breve reflexão*. Revisa Econômica, v.1, n.1, 1999, p.09 – 25.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol.1. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Elcias Ferreira da. *Comentários breves à Constituição Federal*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

CRETELA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição federal de 1988*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1993.

FARIA, José Eduardo. *Poucas certezas e muitas dúvidas: o Direito depois da crise financeira*. Revista Direito GV. Vol. 10, Jul-Dez. 2009. p. 297-324.

_____. Os traços estruturais da nova arquitetura do direito. In: FARIA, J.E. *Direito e conjuntura*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A Economia e o Controle do Estado*. Revista de Direito Público, n.º 91, RT, São Paulo: 1989, pp. 76/86

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GICO JR, Ivo T. *Introdução ao Direito e Economia* in TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KHAN, Ahmad Saeed; SILVA, Lucia Maria Ramos. *Capital social das comunidades beneficiadas pelo programa de combate à pobreza rural - PCPR/Projeto São José - PSJ - estado do Ceará*. Rev. Econ. Sociol. Rural, Brasília, v. 43, n. 1, Mar. 2005 .

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à Economia*. Tradução de Helga Hoffman. São Paulo: Campus, 2007.

MAJONE, Giandomenico. *Do estado positivo ao estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. In PRADO, Mariana Mota et al (org) *Regulação Econômica e Democracia: o Debate Europeu*. São Paulo: Editora Singular, 2006.

Dicionário de Política. Vol I, 11ª Ed. Brasília: Editora UNB. 2004.

MOREIRA, Nelson Camata. *Dignidade Humana na Constituição Dirigente de 1988*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. v. 12, 2008.

SANDRONI, Paulo. *Novíssimo Dicionário de Economia*. 11ª ed. São Paulo: Best Seller, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. O impensável aconteceu. Folha de São Paulo, São Paulo, pág. A3, 26 de setembro de 2008.

SCHAPIRO, Mario Gomes, *Repensando a relação entre Estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais*, Rev. direito GV vol.6 no.1 São Paulo, 2010.

SCHAPIRO, Mario Gomes, *Novos Parâmetros pra a Intervenção do Estado na Economia: Persistência e Dinâmica da Atuação do BNDES em uma Economia Baseada no Conhecimento*, 2009. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ªed., p. 111, Ed. Malheiros Editores Ltda, 1998.

_____ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 213

SILVA, Marcelo Kunrath e OLIVEIRA, Gerson de Lima, *Solidariedade assimétrica: capital social, hierarquia e êxito em um empreendimento de "economia solidária"* Rev. Katál. Florianópolis v. 12 n. 1 p. 59-67 jan./jun. 2009.

THALER, Richard; SUNSTEIN, Cass, *Nudge: o empurrão para a escolha certa*. Trad. de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

WILLIAMSON, Oliver, *Transaction Cost Economics and Organization Theory*, Journal of Industrial and Corporate Change, 1993 *apud* SANTOS, Selma Regina dos, *A Nova Economia Institucional*, Resumos, 2011.