

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 2006

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Os valores sociais da livre iniciativa

Paulo Roberto dos Santos Corval

Sumário

1. Introdução. 2. Livre iniciativa: tensão político-ideológica e origem liberal-capitalista. 3. Estado Constitucional e dignidade da pessoa humana. 4. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento da República. 5. Conclusão.

1. Introdução

Desatadas as amarras cognitivas e metodológicas do positivismo jurídico¹, reaproxima-se o direito da política, da filosofia, da economia e de todas as ciências que, de alguma forma, objetivam compreender o ser humano e a sociedade.

Outrora hermético e adstrito aos dogmas de sua lógica interna, abre-se o direito aos valores dispersos na sociedade pluralista², difundindo sua específica linguagem no cenário político-social.

Dá-nos conta disso o movimento de retorno ao direito³ e sua aproximação à moral⁴, certo que as questões jurídicas das últimas décadas não encontram solução nos estreitos limites dos textos normativos positivados⁵. Fortifica-se, por conseguinte, o controle normativo do Judiciário.

À democracia, antes atrelada ao exercício do voto e à composição de maiorias, acrescenta-se novo critério de legitimação, consistente na capacidade de fazer eficazes os direitos fundamentais do homem⁶.

Não por outro motivo acentua Stephen Griffin (1996, p. 7), discorrendo sobre o cons-

Paulo Roberto dos Santos Corval é Assessor na Procuradoria Regional da República da Segunda Região – MPF e Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

tucionalismo norte-americano, que se deve também reconhecer a existência de um deslocamento da teoria jurídica, notadamente a constitucional, em direção à política, salientando, ainda, que, na construção do sentido da norma, participam, com igual relevância, os cidadãos e todas as instâncias de governo, não se afigurando adequada a assunção pela Corte Suprema do papel de intérprete máximo dos valores sociais⁷.

Aos cidadãos, em especial, incumbirá intensificar a participação na vida coletiva, promovendo, na contramão do individualismo exacerbado produzido pela difusão do medo e da insegurança neste início de século⁸, mais democracia.

Sob tal inspiração, discorrer-se-á sobre a inserção da idéia de livre iniciativa na Constituição de 1988. No item 2, apresenta-se uma síntese da configuração dos distintos posicionamentos político-ideológicos, destacando-se aquele que serve de fundamento ao conceito liberal de livre iniciativa. Considera-se, no ponto 3, a inserção da livre iniciativa no Estado Constitucional, que lhe fornece novo arrimo axiológico-normativo a partir da noção de dignidade da pessoa humana. O item 4 trata da interpretação do art. 1º, IV, da Constituição de 1988, concluindo-se no item 5.

Objetiva-se, no fim, deixar claro que o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 não cuida de estabelecer a “livre iniciativa”, mas os “valores sociais da livre iniciativa” como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo em vista o distinto pressuposto político-ideológico da Constituição de 1988 – norteada pela dignidade da pessoa humana. Igualmente, espera-se apontar de maneira clara, ainda que não exaustiva, algumas das implicações de referida interpretação na dogmática constitucional, bem como consignar a necessidade de se conferir “força política” à Constituição a fim de ver concretizadas suas normas num momento histórico – início do século XXI – em que se constatam fortes indícios de crise do Estado Democrático Constitucional.

2. Livre iniciativa: tensão político-ideológica e origem liberal-capitalista

Definir as vertentes do pensamento político é tarefa árdua. Abordagens históricas, filosóficas e jurídicas, por vezes contraditórias, sobrepõem-se umas às outras e não nos permitem alcançar uma conceituação útil. É o que ocorre, por exemplo, com o liberalismo. Para Georges Burdeau (1979, p. 44):

“Assim como existe uma fé comunista que se recusa a confundir o marxismo com as deformações da era estalinista, assim, há também, no pensamento liberal, exigências que não podem ignorar a pretexto de terem sido traídas quando o liberalismo serviu de justificação ao imperialismo das classes dirigentes da sociedade industrial”.

Ausente unanimidade, acredito facilitar a compreensão dos diferentes posicionamentos político-ideológicos pôr em destaque duas questões de base: i) a preponderância do *indivíduo* (autonomia privada) ou da *coletividade* (soberania popular) nas explicações dos fenômenos sociais, associando-se, à primeira, a supremacia do valor *liberdade* e, à segunda, o predomínio da *igualdade*⁹; ii) a possibilidade de agrupar as relações sociais em dois conjuntos distintos: relações *pessoais* ou *existenciais* e relações *econômicas* ou *patrimoniais*.

No que tange à supremacia da *autonomia privada* ou da *soberania popular*, pode-se inferir – de forma redutora, não se nega – que o *liberalismo* seria caracterizado pela maior importância conferida ao indivíduo e à liberdade, enquanto nas *visões socializantes* prevaleceriam a coletividade e a igualdade.

Por sua vez, tomando por base a crítica de Alain Touraine (2002) à sociedade contemporânea, constata-se que a tensão entre a preferência, de um lado, pelo par indivíduo e liberdade e, de outro, pela díade coletividade e igualdade manifesta-se em duas categorias diferentes de relações sociais: as referentes à *existência moral da pessoa* e as relacionadas às *relações patrimoniais*.

Segundo Touraine (2002, p. 104-106), quatro forças agem na crise da modernidade ao longo do século XX: a sexualidade, o consumo, a empresa e a nação. Relacioná-las, segundo o autor, é o desafio que entende solucionado ao se distinguir “a ordem da mudança e a ordem do ser, associadas anteriormente na idéia de modernidade (...)”, separando, de igual modo, “a ordem pessoal da ordem coletiva”.

De acordo com o sociólogo francês (TOURAINÉ, 2002, p. 107):

“Essas duas dicotomias [mudança e ser / ordem pessoal e coletiva] integram-se facilmente. À esperança de uma modernização endógena, do triunfo das luzes da razão e das leis

da natureza afastando ilusões da consciência, às falsidades das ideologias e à irracionalidade das tradições e dos privilégios sucede o reconhecimento brutal das forças cuja diversidade desorganiza o campo social e cultural. A idéia de modernidade é substituída pela ação modernizadora; esta mobiliza forças não modernas, liberta o indivíduo e a sociedade até então prisioneiros das leis impessoais da razão depois de terem sido da lei divina”.

Num esboço de suas idéias – úteis aqui para ratificar a diversidade que apontamos entre as relações patrimoniais e existenciais –, apresenta Tourain o seguinte quadro:

-----	SER	MUDANÇA
Ordem individual	Sexualidade	Consumo
Ordem coletiva	Nação	Empresa

Destarte, simplificando a compreensão de fenômenos de maior complexidade, é possível asseverar que liberalismo e socialismo (entendido na sua acepção mais ampla) configuram extremos entre os quais se constata variações de preferências quanto à supremacia do indivíduo, da liberdade, da coletividade e da igualdade tanto no que toca às relações existenciais como nas relações econômicas ou patrimoniais.

Michael Rosenfeld (2003), discorrendo sobre a inserção da mudança paradigmática proposta por Denninger¹⁰ na cultura nor-

te-americana, aponta quatro posições políticas divergentes que caminham na direção do que vem de se expor. Segundo o autor, os posicionamentos político-ideológicos nos Estados Unidos divergem na escolha entre “intervencionismo e abstenção estatal em dois domínios distintos: o das regulações econômicas e de bem-estar e o da moral, da ética e da cultura” (ROSENFELD, 2003, p. 56). Num resumo de sua compreensão do espectro político norte-americano, expõe Rosenfeld tabela que, aqui, tomaremos de empréstimo:

Posição	Regulação Econômica e Social	Moral, Ética e Cultura
Progressista	Intervenção do Estado	Abstenção do Estado
Libertária	Abstenção do Estado	Abstenção do Estado
Conservadora	Abstenção do Estado	Intervenção do Estado
Populista de Direita	Intervenção do Estado	Intervenção do Estado

A preponderância da liberdade e do indivíduo, nessa perspectiva, alcança sua concretização na *dupla abstenção* libertária. Ao

Estado, aí, restaria garantir apenas as necessidades básicas da vida coletiva: segurança, educação, saúde e alguns outros ser-

viços de infra-estrutura (BURDEAU, 1979, p. 46). Na seara econômica, em específico, predomina o livre-cambismo (Cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, v.z, p. 717)¹¹ e o sistema capitalista, evitando-se intervenções nas relações éticas e culturais.

Em meio a semelhantes orientações, de raízes lockeanas, surge a ideia de livre iniciativa como qualificação da liberdade individual na esfera econômica e, por isso, perfeitamente substituível pela expressão livre iniciativa econômica, abarcando a liberdade de concorrência e a liberdade de empresa ou indústria.

As questões econômicas, aí, sobrepujam as existenciais. Ao contrato e à propriedade outorga-se tutela quase absoluta, assegurando um espaço supostamente intangível de autogoverno. A empresa é vista como fonte de riquezas livremente acumuladas, dependendo, tão-só, da ação do indivíduo no livre jogo de mercado.

Sobre a origem liberal da livre iniciativa, salienta Gastão Alves de Toledo (2004, p. 176), citando Celso Ribeiro Bastos:

“A liberdade de iniciativa é uma expressão ou manifestação no campo econômico da doutrina favorável à liberdade. O liberalismo vem a ser um conjunto de ideais, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade (...) A liberdade de iniciativa consagra tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado (...)”.

Não se olvide que o quadro apresentado por Rosenfeld refere-se à sociedade norte-americana, construída sobre alicerces ideológico liberal. A posição que o autor denomina conservadora, por exemplo, também se verifica em recantos não liberais, marcados por forte autoritarismo. É o que destaca Bercovici (2004) ao se reportar à doutrina do Estado Total de Carl Schmitt, que serviu de arrimo ao governo nazista.

Para “salvar” a democracia alemã, Schmitt (1982) teria proposto um *Estado Total Qualitativo* (BERCOVICI, 2004, p. 101): *autoritário* no domínio político, garantindo a unidade em detrimento do pluralismo que emperra o funcionamento do Estado, e *fiador da liberdade individual econômica*, capaz de evitar a politização da economia – e seu indesejado pluralismo – e de intervir na esfera econômica apenas para neutralizar conflitos. A economia, assim, segundo Bercovici (2004; 2005), fica subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado, certo de que se trata de uma “administração econômica autônoma” que separa o Estado de um “domínio econômico público, mas não estatal”, distinto da “democracia econômica” defendida por Heller e pelo partido social-democrata.

Nos últimos anos, nada obstante, assiste-se a uma guinada na direção progressista – para utilizar a terminologia de Rosenfeld (2003). Socioliberais ou *libero-sociais*, apegando-se ao pensamento de Rousseau (2004, p. 35), acentuam o respeito às condições mínimas de subsistência para assegurar a própria liberdade¹². Nessa linha, os trabalhos de Burdeau (1979), em *O Liberalismo*, e de Rawls (2000), em *O Liberalismo Político*. Contudo – e nisso se afastam do filósofo de Genebra – mantêm-se ainda distantes de uma crítica contundente às desigualdades sociais e econômicas, privilegiando o liberalismo nas relações existenciais como forma de combater a intolerância e garantir a convivência pacífica das culturas.

Não se restringem a essas visões, por óbvio, as matizes complexas da atualidade. Entre os extremos liberais e socializantes, muitas são as combinações de preferências no que toca à supremacia do indivíduo, da liberdade, da coletividade e da igualdade tanto na relações existenciais como nas relações econômicas ou patrimoniais.

Ainda que variadas as manifestações ideológicas, contudo, pode-se apontar no cenário político hodierno, com alguma cer-

teza, tendência no sentido da redução do distanciamento entre liberais e coletivistas. Disso dá conta o advento de concepções políticas que, a exemplo do liberal-socialismo e da democracia-social, tentam superar a tensão entre autonomia privada/liberdade e soberania popular/igualdade.

Nessa direção, igualmente, tem-se a abordagem crítico-deliberativa de Habermas, sobre a qual discorre Paulo Calazans (2002, p. 117, 118, 121):

“A co-originalidade das noções de soberania popular e direitos humanos, tal qual preconizada pelo constitucionalismo moderno, sucumbiu à evidente constatação – hoje materializada através do embate entre as perspectivas liberal e republicana – de que a imposição de limites externos baseados nos direitos humanos ao legislador afeta sensivelmente a noção de autonomia política da comunidade (...)

A posição de HABERMAS situa-se em um eixo meridiano que postula a superação dialética de duas vertentes antagônicas da teoria política: o republicanismo cívico e o liberalismo (...)

Em *Between Facts and Norms*, HABERMAS afirma sua proposta de composição das concepções liberal e comunitária (...).”

Ressaltar *essa convergência entre liberdade, igualdade, indivíduo e coletividade é significativo*, uma vez que *parece haver sido a opção da Constituição da República ao adotar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, norteador de todo o ordenamento jurídico*.

Não se afirma aí espécie de “centralismo” político-partidário. Não se trata disso. Antes, cuida-se de constatar que, nas mais diversificadas visões político-ideológicas, a história recente tem revelado uma certa preocupação comum com valores até então absolutamente inconciliáveis. Continuam, mais do que nunca, os embates, as discus-

sões e a luta contra a dominação de setores com maior poder que, por esse motivo, precisam ser confrontados com o instrumental democrático.

Todavia, a partir da síntese promovida pela dignidade humana, a arena político-jurídica ganha novo fôlego. A efetividade dos direitos humanos – de garantia e de prestação – já é matéria corrente na doutrina e começa a ecoar na jurisprudência. A necessidade de respeitar as minorias e de reconhecer a expressiva interferência política do Judiciário segue igual rumo. Afirma-se o caráter normativo dos princípios e a existência de valores que asseguram unidade ao ordenamento jurídico. Configura-se o *Estado Constitucional*, no qual os discursos político-ideológicos têm que, necessariamente, levar em consideração a dignidade da pessoa humana, seja para assegurar a prevalência da liberdade, seja para fazer predominar o valor da igualdade, promovendo, ainda que a contragosto de alguns, a democracia.

3. Estado Constitucional e dignidade da pessoa humana

A filosofia liberal e o constitucionalismo clássico produziram um Estado formal, o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), cuja preocupação maior era conter o arbítrio do poder absoluto. Zagrebelsky (1995, p. 23), citando Otto Mayer, caracteriza o Estado de Direito Liberal (i) pela supremacia da lei sobre a Administração, (ii) pela subordinação dos direitos do cidadão somente à lei, restringindo a discricionariedade administrativa, e (iii) pela presença de juizes independentes para aplicá-la quando houvesse litígio entre os cidadãos.

A despeito das conquistas contra o absolutismo, o Estado Liberal não conseguiu avançar na implementação de melhores condições de vida para a população, deixando muito a ser feito para alterar as mazelas sociais denunciadas por Rousseau (2002, p. 227) nos primórdios do liberalismo:

“Possuímos físicos, geômetras, químicos, astrônomos, poetas, músicos, pintores, mas não temos cidadãos; ou então se ainda nos restam, dispersos nos campos abandonados parecem indigentes e desprezados. Tal é o estado a que estão reduzidos, tais são os sentimentos, concedidos por nós, aos que nos dão o pão e o leite de nossos filhos”.

Alguns mecanismos de tutela de direitos sociais foram concretizados no Estado de Bem-estar por força das reivindicações dos movimentos operários e das crises do sistema capitalista no fim do século XIX e início do século XX. Todavia não foram suficientes para reduzir as desigualdades sociais constatadas, principalmente nos países de terceiro mundo, e impedir o contínuo crescimento da acumulação de capital nas mãos de parcela diminuta da população. Na Constituição de Weimar, por exemplo, os direitos sociais compuseram o cerne do debate que culminou com a teorização do já citado Estado Total de Carl Schmitt – forte e livre-cambista – e com a ascensão do nazismo (Cf. BERCOVICI, 2004).

Além do mais, o Estado de Bem-estar social não obistou o predomínio livre-cambista, hoje encarnado no neoliberalismo, tendo em vista haver sido erigido para preservar os interesses do capital em face da crise da primeira metade do século XX. É o que preleciona Eros Grau:

“A busca do desenvolvimento, ademais, impunha a formalização de uma aliança entre o setor privado – isto é, a burguesia – e o setor público, este a serviço daquele.

Cumprir que se enfatize, de toda a sorte, a circunstância de que, embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação. Essa estatização não configura passo no sentido de socialização/coletivização.

(...) é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via do so-

cialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre o plano econômico”. (GRAU, 2004, p. 24, 30).

Com o término da II Guerra Mundial, a tônica dos discursos passa a ser o respeito à *dignidade humana* e aos *direitos fundamentais* que a concretizam, conquanto perdurem os embates político-ideológicos entre posições liberais e socializantes. As reivindicações em prol da efetivação de *direitos sociais fundamentais*, da *igualdade dos gêneros* e das *escolhas sexuais*, bem como os *movimentos contra o racismo* nos Estados Unidos e na África do Sul, revelam a insuficiência das estruturas do Estado e, especialmente, do direito, em face das novas demandas. O direito inicia sua trajetória de superação do positivismo e se reencontra com a moral, vindo a Constituição ser, de fato, centro axiológico-normativo do ordenamento jurídico.

Consolida-se, na segunda metade do século XX, o Estado Constitucional de que cuida Zagrebelsky (1995):

“La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del Estado constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato alto de derecho establecido por la Constitución (...). Si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”.

Resumindo os pontos principais que caracterizam o Estado Constitucional no século XX e as transformações do direito

originadas da progressiva constitucionalização, escreve Paolo Comanducci (2002, p. 16):

“En el ordenamiento italiano, también (...) se ha producido una progresiva ‘constitucionalización’ del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (...) Seguyendo a Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: 1) existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas); 4) la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6) la interpretación adecuada de la ley”.

Acrescente-se no rol o elemento básico do Estado Constitucional consistente, repita-se, na *dignidade da pessoa humana*, que consolida os valores fundamentais da ordem social e serve de amálgama unificador do sistema jurídico-político.

O significado axiológico e normativo da dignidade da pessoa humana é explicitado por Maria Celina Bodin (2003, p. 113). A dignidade representa a qualidade própria e inerente à espécie humana, seguindo-se a distinção kantiana entre *preço*, “que representa um valor exterior e manifesta interesses particulares”, e *dignidade*, valor interior e de interesse geral.

A introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento da República renova um ambiente de humanismo, no qual

a vulnerabilidade humana será protegida onde quer que se manifeste, seja nas questões relacionadas aos valores exteriores (econômicos), seja naquelas referentes à dimensão interna da pessoa (sua existência).

Na continuidade de seu texto, reconhecendo que a inserção normativa da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 corre o risco de não passar de discurso retórico, indica a autora critérios para tornar eficaz o mandamento constitucional. Defende, assim, a possibilidade de implementar a dignidade humana se forem destacados os *quatro postulados* em que se desdobra, associando-os a *quatro princípios* já conhecidos e utilizados no âmbito político-jurídico:

“O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, 2003, p. 117).

Ao colocar, de um lado, os princípios da *solidariedade* e da *igualdade* e, de outro, os princípios da *liberdade* e da *integridade psicofísica*, Maria Celina (2003) deixa claro a já afirmada síntese que a dignidade da pessoa humana é capaz de promover entre a lógica da prevalência da soberania popular e da igualdade e a lógica da supremacia da autonomia privada e da liberdade. Afinal, ambas compõem seu conteúdo jurídico e axiológico.

No Estado Constitucional, portanto, já não se trata de fazer predominar, *a priori*, a autonomia individual sobre a soberania

política ou vice-versa. O principal é implementar aquele valor – liberdade ou igualdade – que, na situação específica, melhor promova a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, onde a desigualdade socioeconômica está entre as maiores do mundo e ofusca as questões existenciais, pode-se afirmar que, para privilegiar a dignidade humana, a economia, a política e o direito deverão, obrigatoriamente, ser guiados por uma lógica igualitária que seja ponderada quando da efetivação de medidas concretas e se mantenha alerta à pressão exercida por aqueles que se beneficiam da conjuntura opressiva e não revelam interesse algum em mudar o estado das coisas.

A Constituição Econômica, em específico, deverá dirigir a economia no que for necessário à concretização da vida digna. Tarefa difícil, sem dúvida, e que precisará do empenho de toda a sociedade para afastar o imaginário liberal e autoritário que se consolidou em nossa história e vem acolhendo, com facilidade, a ideologia neoliberal ditada pelos países detentores do poderio político, econômico e militar sem aventar soluções adequadas para a realidade brasileira¹³ (BERCOVICI, 2004, p. 168).

4. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento da República

A teor do art. 1º, IV, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

A interpretação dominante postula que à livre iniciativa seja atribuído um valor fundamental intrínseco, arrolando-a, por isso, como alicerce da República Federativa do Brasil.

Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo logo após a entrada em vigor da Constituição, Miguel Reale (1988, p. A-3) afirmava que a livre iniciativa é

“a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados”. Para ele, “liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.”

Posição semelhante manifestou o Ministro Marco Aurélio em voto proferido na ADPF 46-7/DF:

“É de ressaltar que os preceitos tidos por violados são essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil, como a livre iniciativa – comando este previsto no artigo 1º, inciso IV (...).

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

A eficiência do Poder Público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas”.¹⁴

Dissertando sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, Lafayette Josué Petter (2005, p. 164) destaca que o art. 1º, IV, da Constituição Federal estabeleceu a

livre iniciativa por fundamento da República: “(...) pondere-se que, devido ao fato de a livre iniciativa ser também fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV), ela não se reveste de fundamento tão-só da ordem econômica, mas afeta a compreensão de qualquer preceito do texto constitucional”.

Para Marcos Juruena (1999, p. 7 e 93), a menção à livre iniciativa no art. 1º, IV, configura opção de caráter filosófico e pragmático no sentido de afastar a presença estatal da atividade produtiva, servindo de base retórica ao processo de desestatização no país:

“Efetivamente, o programa brasileiro [de desestatização] tem um caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem-estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da Carta Magna (inciso IV).

A idéia de ‘modernização da gestão do Estado’ está intimamente ligada à necessidade de maior eficiência e atendimento às expectativas da sociedade (...)

Daí por que, em países como o Brasil, em que se assegura constitucionalmente a livre iniciativa como fundamento da República, como direito do indivíduo e como primado da ordem econômica, o Estado deve se concentrar na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada (...).”

Nesse sentido, posicionam-se os comentaristas da Constituição de 1988, conforme apurou Fábio Leite (2000, p. 46): “Isso inobstante, os comentaristas da Constituição de 1988, ao procederem à análise do artigo 1º, IV, do texto constitucional, são praticamente uníssonos ao afirmarem que o mencionado dispositivo elege a livre iniciativa como um princípio fundamental da nova ordem constitucional”.

Vinculam-se essas leituras à dupla ausência do pensamento liberal-capitalista clássico, arrimado na prevalência do indivíduo e da liberdade nas relações existenciais e, notadamente, nas relações econômicas. De modo geral, concebem a livre iniciativa apenas como *livre iniciativa econômica*, inferindo daí a opção constitucional por uma economia capitalista calcada no equilíbrio do livre mercado.

A predominância de semelhante orientação no Brasil parece advir de a Constituição de 1988 haver nascido no contexto da expansão neoliberal dos anos 80, sob influência dos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (USA) (ANDERSON, 1995), e do fato de a história brasileira carregar o estigma da devastadora combinação de liberalismo e autoritarismo.

Em entrevista ao O Globo do dia cinco de junho, Leda Paulani (2005, p. 38), autora do livro *Modernidade e discurso econômico*, esclarece-nos o aspecto ideológico do neoliberalismo, que nasce “como doutrina, e não como teoria econômica”, e difunde rapidamente “a crença de que a sociedade organizada pelo mercado é a melhor que o homem já foi capaz de construir (...)”, sendo aceito com facilidade porque, continua Paulani, a “doutrina neoliberal fala muito ao senso comum. Afirmações como ‘ninguém pode gastar mais do que ganha’ etc. podem ser verdadeiras no plano doméstico, mas são falaciosas no plano macroeconômico. Elas passam a ser vistas como verdade porque de fácil compreensão”.

Não é outro o motivo pelo qual o texto constitucional – marcado por acentuada influência comunitária (CITADINO, 2004) – sucumbiu nos seus primeiros anos de vida aos postulados do neoliberalismo implementado nos governos de Fernando Henrique Cardoso (OLIVEIRA, 1995). Basta comparar as metas do Consenso de Washington¹⁵ com as emendas constitucionais de nº 5 a 15, nº 19 e nº 20 para comprovar a assertiva.

É tão acentuada a força da ideologia neoliberal que renomados constitucionalistas

brasileiros de tendência igualitária mantêm a referência à livre iniciativa como fundamento da República, ainda que sustentando sua relativização no cotejo com a dignidade da pessoa humana. É o que faz, por exemplo, José Afonso da Silva (2000, p. 765-766):

“Esse embate entre o liberalismo (...) e o intervencionismo ou socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais (...).

Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica (...) tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.

(...) a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)”.

Em igual direção escreve Paulo Bonavides (1997, p. 339): “Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”.

Observa Fábio Leite (2000, p. 49) que alguns comentadores da Constituição de 1988 “estabelecem uma relação complementar entre o trabalho e a livre iniciativa, onde esta assume um caráter inequivocamente secundário”, tudo a indicar que, embora se esforcem por separar a livre iniciativa da sua origem liberal, partem da premissa de ser ela fundamento da República Federativa do Brasil.

Não são essas, todavia, as únicas possibilidades de interpretação do art. 1º, IV, da Constituição de 1988 nem se afiguram as mais adequadas.

Na análise gramatical, constata Fábio Leite (2000) que, da inserção dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil, só duas alternativas são possíveis: i) ou o dispositivo se refere *ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa*, ii) ou *aos valores sociais do trabalho e aos valores sociais da livre iniciativa*. Não haveria espaço, portanto, para advogar a tese da livre iniciativa – e não o(s) seu(s) valor(es) social(is) – como fundamento da República.

No primeiro sentido, manifesta-se Eros Roberto Grau (2004, p. 191), para quem o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 “enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil *o valor social da livre iniciativa*”.

A salientar que as leituras predominantes colocam, de um lado, *o valor social do trabalho* e, de outro, *a livre iniciativa*, sustenta que o fundamento da República Federativa do Brasil é *o valor social da livre iniciativa*, privilegiando os valores igualitários e socializantes. Separa, então, o significado da livre iniciativa mencionada no art. 1º, IV, daquele constante do art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

O inciso IV do art. 1º, para o autor, refere-se a uma garantia da liberdade “amplamente considerada”, ou seja, ao “atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade” (GRAU, 2004, p. 191). Daí vincular a livre iniciativa à liberdade de trabalho e asseverar que, no âmbito da Constituição de 1988, a liberdade econômica não é desdobramento da noção de propriedade.

A liberdade de iniciativa econômica no art. 170 abarca, segundo Eros Grau (2004, p. 188), reportando-se ao magistério de Antônio Souza Franco, a *iniciativa privada, cooperativa, autogestionária e pública*. Surge como expressão do *princípio da legalidade*, como limite à ação estatal, assumindo uma dupla face ao longo da evolução do Estado liberal: liberdade de comércio e indústria e livre concorrência:

“a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriorem a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública”.

Liberdade de iniciativa, nesse caso, não se apresenta como direito fundamental, mas constitui “liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica”. Nada impede, portanto, venha a sofrer restrições estabelecidas pela sociedade em decorrência de haver outros valores – esses sim fundamentais – de maior expressão para a vida em comum. Não lhe atribui o ordenamento preferência ou preponderância, consistindo, repita-se, em liberdade positivada, cujo regime é aquele definido pela ordem jurídica: “o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica.” (GRAU, 2004, p. 189).

De tudo isso, conclui Eros Grau (2004, p. 192) ser inadequado “atribuir exclusivamente à contemplação constitucional do princípio da livre iniciativa – do seu valor social (...) – a consagração constitucional do sistema capitalista”.

Fábio Leite (2000), por sua vez, defende que o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 trata *dos valores sociais do trabalho e dos valores sociais da livre iniciativa*.

Concebendo-se no plural o sintagma, a interpretação desenvolvida por Eros Grau não seria descartada, mas ampliada, tendo em vista que a expressão “os valores sociais

da livre iniciativa” não só abrange “o valor social da livre iniciativa” como viabiliza maior abertura ao indigitado inciso IV, a fim de que norma constitucional alcance sua máxima efetividade.

Ao longo de sua exposição, salienta Leite (2000) que, no contexto do liberalismo oitocentista, a liberdade de iniciativa já era submetida a algumas limitações, certo de que, no Brasil, a Constituição de 1934 previa expressamente que a liberdade econômica seria garantida dentro dos limites necessários à implementação da justiça e da existência digna. A partir daí, assevera, restaria evidente não haver contradição na permanência da livre iniciativa nos textos constitucionais de matiz social, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, no debate alemão sobre a constituição de Weimar, quando Carl Schmitt (1982) defendia a incompatibilidade entre as duas partes da constituição – a liberal, de caráter sintético, e a social, dirigente¹⁶.

Destarte, a incorporação da livre iniciativa no texto da Constituição de 1988 “não só não permite o retorno ao individualismo do século XVIII, como parece fechar de vez a porta a esta tentativa, eis que a exaltação às virtudes individuais da livre iniciativa pareceria ser o grande trunfo que os liberais conservadores imaginavam encontrar na nova Constituição”. Afinal, continua o autor, “ainda que a Constituição não elencasse os valores sociais da livre iniciativa como um de seus fundamentos, o intérprete, ainda assim, não se escusaria de determinar o significado da livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana” (LEITE, 2000, p. 69).

Da visão sistemática da Constituição, arrimada na supremacia da dignidade humana, Fábio Leite (2000) enumera aqueles que, no seu entender, sem qualquer pretensão de exaustividade, constituem *os valores sociais da livre iniciativa* que fundamentam a República Federativa do Brasil: i) *igualdade*, no sentido de igualdade de pontos de partida, isto é, de oportunidade e de participa-

ção econômica e social; ii) *livre concorrência*, não como garantia de atuação da mão invisível do mercado, mas para impedir abuso de poder econômico; iii) *proteção dos consumidores*.

De comum às duas interpretações tem-se que, inserida no Estado Constitucional voltado à valorização da pessoa humana, a concepção liberal-capitalista da livre iniciativa restou superada, afastando-se também sua reencarnação neoliberal.

Sem embargo, há diferenças, ao menos no que tange à abrangência e à extensão, em se postular um ou outro entendimento, devendo prevalecer aquele que enxerga no art. 1º, IV, da Constituição Federal *os valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil, a fim de melhor acentuar a opção política da Constituição de 1988 e favorecer a busca da máxima efetividade de sua normas, deixando claro, na direção do que preleciona Eros Grau, que se deve distinguir a livre iniciativa aí referida daquela constante do art. 170.

A livre iniciativa, tanto no art. 1º, IV, como no art. 170, configura desdobramento da liberdade considerada na perspectiva substancial, abrangendo a resistência ao poder e as reivindicações por melhores condições de vida. Cuida-se de “liberdade real, material, atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social” (GRAU, 2004, p. 191), de descrever a liberdade “como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado”, não se podendo entender como livre” (...) aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*” (GRAU, 2004, p. 185).

Somente quanto à livre iniciativa do art. 170 – submetida, é claro, ao preceito fundamental do art. 1º, IV –, da análise sistemática da Constituição extraem-se os valores arrolados por Fábio Leite, além de ser possível, seguindo sua própria advertência, in-

cluir outros. Seria o caso, por exemplo, da tutela do meio ambiente.

A *igualdade de oportunidades* decorre de forma bastante clara dos artigos 3º, 6º, 7º e 170, *caput* e incisos VII e VIII da Constituição Federal. A *livre concorrência* erigida para impedimento do abuso de poder, além de densificação do regime republicano, encontra guarida expressa no artigo 170, § 4º. A *defesa do consumidor* está prevista nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, e a *proteção do meio ambiente* nos artigos 170, VI, e 225.

O art. 1º, IV, da Constituição de 1988 continuará a servir de supedâneo para tais *valores sociais*, inferidos do art. 170. Outro, contudo, será seu conteúdo normativo. O art. 1º, IV, trata de consolidar opção jurídico-política no sentido de conciliar os valores da liberdade e da igualdade nas diversas relações patrimoniais e existenciais, protegendo a ação criadora do ser humano e não diretivas meramente econômicas às forças de produção e consumo.

Reconhecer os *valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa (art. 1º, IV), assim inspirados, implicará, no mínimo, *quatro diretivas de interpretação* capazes de, no Estado Constitucional, fornecer critérios razoavelmente seguros para sua efetivação:

(i) torna definitivo que a livre iniciativa, na acepção liberal – livre iniciativa econômica –, não é fundamento da República, consubstanciando, tão-só, princípio setorial da ordem econômica (art. 170) sujeito a todas as limitações inerentes à opção pela supremacia axiológico-normativa da *dignidade humana* e dos *valores sociais da livre iniciativa*;

(ii) consolida no plano jurídico e político-ideológico a prevalência da igualdade e da solidariedade sem descuidar das conquistas concernentes à liberdade;

(iii) configura cláusula geral de liberdade naquilo em que ela é necessária à própria existência digna do ser

humano nas relações existenciais e patrimoniais, não se devendo utilizar, para tanto, do princípio da legalidade estabelecido no art. 2º, II, da Constituição Federal, nem associá-la à noção de propriedade;

(iv) permite arrolar, de forma não exaustiva, valores fundamentais que, no contexto do Estado Constitucional, referem-se à livre iniciativa de que cuida o art. 170 da Constituição.

Assumir *os valores sociais da livre iniciativa* na direção aqui postulada, acredito, muito contribuiria para o debate da dogmática constitucional.

A partir da primeira diretiva, seria possível afirmar que a *livre iniciativa econômica* (CF, art. 170) não configura preceito fundamental apto, por exemplo, a ser invocado em eventual *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, ou a servir de base para que se conceba a ordem econômica capitalista imune a reformas constitucionais.

Levando em conta a segunda diretiva, institui-se parâmetro de controle de constitucionalidade de normas que objetivem retirar da Constituição direitos fundamentais sociais, somando argumento no sentido de que tais direitos também estariam inseridos na proteção do art. 60, § 4º.

Da terceira diretiva extrai-se que a Constituição adota conceito de liberdade necessariamente atrelado à dimensão social do homem, superando-se o atomismo liberal nas relações econômicas e existenciais sem deixar de assegurar a liberdade necessária para que o ser humano mantenha sua dignidade. Presta-se o dispositivo a servir de *cláusula geral de liberdade*, deixando o artigo 2º, II – geralmente invocado para tanto –, somente como base normativa do princípio da legalidade.

Tomadas em conjunto, essas três primeiras assertivas afastam a interpretação prevalente no sentido de que do art. 173 da Constituição Federal¹⁷, em especial dos conceitos indeterminados de “segurança nacional e relevante interesse coletivo”, extrai-

se norma destinada a obstar, na maior medida possível, que o Estado intervenha diretamente na atividade econômica de produção.

Segundo a doutrina majoritária, o Estado atua na atividade econômica propriamente dita apenas em caráter subsidiário e supletivo, guiado pelo princípio da proporcionalidade. Nessa direção defende Marçal Justen Filho (2005, p. 559) que a subsidiariedade é simples manifestação da proporcionalidade no âmbito da ação econômica do Estado:

“A solução constitucional brasileira não deixa margem de dúvida. Somente em situações excepcionais o Estado desempenhará atividade econômica propriamente dita. A atuação direta do Estado não é justificável (...) Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória (...) O princípio da subsidiariedade impõe o dever de intervenção supletiva do Estado (...), que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade.”

Em harmonia com a alocação *dos valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República, no entanto, a subsidiariedade não revela nenhum imperativo absoluto. Antes, deve ser substituída pela idéia de *atuação ponderada*. Não se institui, assim, predominância da iniciativa privada na produção de riquezas, mas *equiparação* a ser resolvida por deliberação social e política. Outra não é a razão de se referir no art. 173, § 1º, às noções de segurança nacional e relevante interesse social, “conforme definidos em lei”. A alusão à *lei* não exige apenas seja observada determinada formalidade, mas sua essência democrática de instrumento de manifestação da sociedade.

Na quarta diretiva, têm-se os *valores sociais* que informam e consubstanciam princípios e regras da ordem econômica, seja ela

explorada pelo Estado, seja por particularidades. Em resumo: a *igualdade*, no sentido de igualdade de pontos de partida, isto é, de oportunidade e de participação econômica e social; a *livre concorrência*, não como garantia de atuação da mão invisível do mercado, mas para impedir abuso de poder econômico; a *proteção dos consumidores*; e a *da tutela do meio ambiente*.

Muitos outros desdobramentos podem ser indicados, bem como outras diretivas podem vir a ser arroladas. Aqui, no entanto, acredito bastarem as breves ponderações acima para ilustrar a relevância de se conceber como fundamento da república *os valores sociais da livre iniciativa*.

5. Conclusão

A Constituição de 1988 privilegia a igualdade e a solidariedade, estabelecendo no seu art. 1º, IV, *os valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República em detrimento do imaginário liberal, autoritário e patrimonialista enraizado na cultura brasileira. De nada valeria o dispositivo, contudo, se não vivêssemos em um Estado Constitucional Democrático, que abre (e pode abrir ainda mais) caminhos reais para o exercício da capacidade criativa de construção da vida social.

Mais do que reconhecer a *força normativa* da Constituição – essencial sem dúvida –, é preciso atribuir-lhe *força política*. Sua real efetividade depende da intensa participação democrática da sociedade e da crença de que é possível transformar a realidade. No Brasil, fatigado de desigualdades, sendo de todos conhecidas as estatísticas da pobreza e da miséria, impende, principalmente, crer na efetivação de uma ordem econômica pautada pela justiça que fomenta políticas voltadas para as necessidades públicas e que não sejam ditadas por interesses de empresas e governos alienígenas.

Nessa direção, salienta Bercovici (2005), a teoria da Constituição Dirigente, que pretende por intermédio da Constituição resol-

ver se não todos a maior parte dos problemas da sociedade, resta superada. Não que devam ser descartadas suas conquistas, porém a ela deve ser acoplada uma visão política e mutacional¹⁸:

“A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. É justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada.

Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condiționam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.” (BERCOVICI, 2005, p. 41).

Força política, reitere-se, é medida urgente para efetivar as normas da Constituição sem olvidar o fato de que iniciamos o século XXI ante indícios de crise do Estado Democrático Constitucional. O *discurso em torno das medidas de emergência* ressurgiu com o ataque terrorista de 11 de setembro¹⁹ e, entre nós, pode vir a encontrar acolhida – se já não encontra – em pelo menos duas áreas: na seara penal, assiste-se ao apelo à segurança contra o aumento da criminalidade; no âmbito político-econômico, sob o pálio da necessidade e da urgência, tem-se a ampliação das atividades legislativas do Poder Executivo, bem como a manutenção de uma estrutura econômica de acumulação de capital que não se mostra sequer preocupada em fomentar distribuição de renda.

Atendo-nos à segunda problemática, é ver que o mundo vivencia uma nova geopolítica monetária. Estado e política, na direção da doutrina de Schmitt (1982)²⁰, encontram-se separados, e a retaliação econômica – muitas vezes associada à força militar – torna-se o novel fundamento da sobera-

nia. Se a participação da sociedade na condução de seu destino já se achava defasada pela falta de representatividade no sistema democrático liberal, agora, em tempos de globalização, concentradas as principais decisões políticas nos centros internacionais de investimento, achamo-nos governados pela lógica da *emergência econômica permanente*. É o que assinala Bercovici (2004, p. 173) ao comentar a ditadura constitucional de Rossiter:

“Rossiter destaca que, além das leis de emergência promulgadas pelo Poder Executivo e da lei marcial (ou estado de sítio), uma nova característica dos poderes de emergência seria a interferência governamental nas liberdades políticas e econômicas, particularmente o direito à propriedade. Antes, limitavam-se aos direitos individuais tendo em vista o bem-estar coletivo. Hoje, dá-se o contrário: a utilização atual dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista.” – grifou-se.

E ainda:

“O estado de exceção permanente está se espalhando por toda a parte, tendendo a coincidir com o ordenamento normal, no qual, novamente, torna tudo possível (...) o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente e o paradigma dominante de governo na política contemporânea.” (BERCOVICI, 2004, p. 180).

Outra não é a problemática que afeta o Brasil, acostumado à sucessão de planos milagrosos para salvar a economia, a ocupar a periferia do capitalismo e à acumulação do capital estruturada na exploração do subdesenvolvimento.

Tratar dos *valores sociais da livre iniciativa* (CF, art. 1º, IV), nesse cenário, constitui uma das alterações formuladas pela Constituição de 1988 para deixar abertas as al-

ternativas que levem o país a percorrer novos caminhos e alcançar destino mais adequado aos milhares de pessoas que nele vivem. Dependerá, apenas, da capacidade de efetivarmos no âmbito político-jurídico seu vasto conteúdo normativo.

Acertadas, portanto, as palavras de Antônio Carlos Costa (2005, p. 7), em artigo publicado no jornal O Globo sob o título *A saída é pela Democracia*:

“Por tudo isso é que precisamos sonhar com uma democracia que nos traga, além da liberdade, justiça. Uma democracia viva. Mas, por onde começar? (...) a resposta a ser dada tem que partir da convicção de que sem participação do povo brasileiro em massa, protestando com a Constituição Federal nas mãos, mudanças não ocorrerão.”

Notas

¹ Quanto à superação do positivismo jurídico, ver Alexy (2001). Consigna o autor, logo na introdução, reportando-se a Karl Larenz: “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. E prossegue: “Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovados ou pressupostamente verdadeiros”.

² Sobre o pluralismo como característica de um novo paradigma, ver Denninger (2003).

³ Nesse sentido, ler Citadino (2003). Consoante a autora, “a promulgação da *Constituição cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva daquilo que Pierre Bouretz designa como movimento de retorno ao direito no país”.

⁴ De acordo com Antônio Maia, dois elementos caracterizam essa mutação teórica: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre direito, moral e política e uma crítica a concepções positivistas no campo do direito. (MAIA ; SOUZA NETO, 2001, p. 57-99).

⁵ É o que acentua Zagrebelsky (1995, p. 9): “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con las que jueces trabajan, ni nunca ha encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar mas arriba, en lo que no parece expreso”.

⁶ Trata-se aí da legitimação *a posteriori*, ou seja, da constatação de que a legitimação democrática também é alcançada pela via da tutela dos direitos, conforme preleciona Calazans (2002).

⁷ Para uma crítica da atuação do Poder Judiciário e da Corte Constitucional como o “próprio monarca substituído”, ver MAUS, 2000, p. 183-203. Sobre quem são os intérpretes da Constituição na sociedade pluralista (cf. HÄRBELE, 1997).

⁸ Sobre o tema, ver Bauman (2000, p. 24): “Em o mal-estar da pós-modernidade (Jorge Zahar, 1998), argumento que, se Freud estivesse escrevendo seu livro agora, 70 anos depois do que o fez, provavelmente teria de mudar o diagnóstico: os problemas e desgostos mais comuns atualmente são, como antes, produtos de trocas, mas agora é a segurança que se sacrifica diariamente no altar da liberdade individual em expansão. No caminho para o que quer que se suponha uma maior liberdade individual de escolha e expressão pessoal, perdemos uma boa parte da segurança fornecida pela civilização moderna e mais ainda da segurança que prometia.”

⁹ O debate liberal-comunitário tem aí suas premissas, bem como a discussão da filosofia política em torno de uma metodologia individualista ou funcionalista. Nessa direção, confira-se Steven (2003).

¹⁰ O texto de Denninger a que se refere Rosenfel é aquele já citado na nota 2.

¹¹ “(...) em sua acepção mais simples e limitada, o livre cambismo é uma doutrina favorável à liberdade econômica (...) é a visão mais pura e integral do liberalismo (...) O atual credo livre-cambista (...) é, pois, assim entendido, uma forma de individualismo que não há de se confundir, porém, com o anarquismo individualista (...)”.

¹² No pensamento de Rousseau, (2004, p. 27) há o que poderíamos chamar de uma liberdade ontológica, não-individualista. Daí escrever o filósofo que: “renunciar à própria liberdade é renunciar a qualidade de homem, os direitos da humani-

dade, nossos mesmos deveres”. E, ainda: “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo o que tenta atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não vos enganardes nessas compensações, cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade feral; e a possessão, que é só efeito da força, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo. Além do sobredito, pudera-se ajuntar à aquisição do estado civil a liberdade moral, que só faz o homem verdadeiramente senhor de si”.

¹³ “Como afirmou José Luís Fiori, falta, ainda, uma teoria sustentável sobre o estado periférico latino-americano”. E ainda: “O estado desenvolvimentista latino-americano não precisa apenas expandir o sistema econômico existente, mas deve criar um novo”.

¹⁴ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>

¹⁵ Para uma crítica sobre a adoção do plano econômico traçado no consenso de Washington, ver FIORI (1998, p. 11-21).

¹⁶ Sobre a Constituição de Weimar, ver BERCOVICI (2004, p. 30). E ainda: Rossiter (2005). Jacobson; Schilink, (2002).

¹⁷ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 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". Texto da Constituição disponível no site www.planalto.gov.br.

¹⁸ Sobre a mudança constitucional numa acepção não meramente dogmática, ver VIEIRA; DUARTE, (2005).

¹⁹ Nessa direção, conferir Corval (2005, p. 222).

²⁰ Sobre o tema, ver BERCOVICI (2004).

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTIL, Hablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- _____. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfanco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 1-2.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BURDEAU, Georges. *O liberalismo*. Rio de Janeiro: Publicações Europa-América, 1979.
- CALAZANS, Paulo Murillo. Aporia do estado de direito: notas sobre a legitimação dos textos constitucionais perante a autonomia política e a proteção dos direitos fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 21, ago./dez. 2002.
- CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- _____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. *Revista Isonomia*, Alicante, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf>. Acesso em: [200-?].
- COSTA, Antônio Carlos. A saída é pela democracia. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 jun. 2005. Opinião, p. 7.
- DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.
- FIORI, José Luís. *Os moedeiros falsos*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: University Press, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- JACONBSON, Arthur J.; SCHILINK, Bernhard (Org.). *Weimar: A jurisprudence of crisis*. Tradução Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2002.
- LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 16, jan./jul. 2000.
- MAIA, A. C. S. C.; SOUZA NETO, C. P. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARÇAL, Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

- MORAES, Maria Celina Bodim de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTIL, Hablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- PAULANI, Leda. O neoliberalismo não era o único caminho. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 jun. 2005, Economia, p. 38.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos, *Folha de São Paulo*, p. A-3, 19 out. 1988.
- ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.
- ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as ciências e as artes. In: _____. *O contrato social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 2002.
- _____. *Do contrato social*. São Paulo: M. Claret, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 2. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 1999.
- STEVEN, Lukes. et al. *Debates in contemporary political philosophy: an anthology*. New York: Routledge, 2003.
- TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- VIEIRA, José Ribas; DUARTE, Fernanda (Org.). *Teoria da mudança contitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.