

A ilusão do livre mercado

Fernando Facury Scaff

Professor Titular de Direito Financeiro da Universidade de São Paulo e Professor Titular de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Federal do Pará (aposentado). Doutor e Livre-Docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Sócio de Silveira, Athias, Soriano de Mello, Guimarães, Pinheiro & Scaff – Advogados.

Resumo: É uma ilusão a crença na existência de mercados livres e autorregulados, pois eles são delimitados pelo Estado e organizados de acordo com o Direito. Este, por sua vez, decorre de eleições periódicas, as quais determinam a composição dos órgãos de produção legislativa e regulatória. Logo, a influência das eleições na conformação do livre mercado é uma realidade inafastável.

Palavras-chave: Livre mercado. Atuação do Estado. Regulação. Eleições. Poder econômico.

Sumário: I O Estado e o surgimento da ideia de livre mercado – II O mercado é uma instituição jurídica – III O fundamento jurídico da regulação de mercado na Constituição brasileira de 1988 – IV Girando o parafuso: o direito é oriundo de escolhas políticas eleitorais e o poder econômico nelas é determinante – V Conclusões – Referências

I O Estado e o surgimento da ideia de livre mercado

01. Para adentrarmos na tormentosa discussão sobre o surgimento do Estado, registram-se pelo menos três teorias:

1ª) Para alguns teóricos o Estado sempre existiu, tal como a sociedade, sendo esta impensável sem a existência daquele. Observe-se que, se adotada esta concepção, teremos que o Estado e a sociedade surgiram concomitantemente, e seria inconcebível a existência de uma sociedade sem Estado.

2ª) Outros autores adotam a tese de que o Estado é fruto da sociedade, tendo esta existido muito tempo sem aquele. Este surgiu em razão do conflito de interesses dentro de um grupo social, o que possibilitou ao chefe primitivo, que dispunha de prestígio no grupo e que por suas atitudes desempenhava um papel de liderança, ver-se transformado em chefe político, em caráter permanente, e com autoridade para manter a ordem interna e fixar diretrizes.¹ Assim, esse chefe passava a possuir *auctoritas*, entendida esta como o “produto do racional relacionamento entre os comandos emitidos pelos que detêm o poder e o consenso do grupo social”.²

¹ CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Ubu, 2017. p. 75.

² GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 50-51. Também sobre este assunto: SCHMITT, Carl. *Legalidade y Legitimidad*. Granada: Ed. Comares, 2006.;

3ª) Uma terceira corrente apenas visualiza o Estado caso seja dotado de certas características que despontam na transição entre o Feudalismo e o Absolutismo, o que denominam *Estado Moderno*. Autores que defendem esta posição entendem que o que havia antes do Estado Moderno era apenas uma outra forma de organização política da sociedade, que não era o Estado, espécie da qual aquela é gênero.³

Adotamos o balizamento doutrinário da segunda corrente para determinar o surgimento do *Estado*, independentemente de local e época. Desta forma, e para os efeitos deste trabalho, deve ser entendido *Estado* de forma independente do Estado Moderno, que é algo novo, datado.⁴ Assim, segundo Joseph Strayer, sempre que houver a conjugação dos quatro critérios infrarrelacionados, haverá *Estado*:⁵

- 1º) o aparecimento de unidades políticas persistentes no tempo e geograficamente estáveis;
- 2º) o desenvolvimento de instituições permanentes e impessoais;
- 3º) o consenso dos membros de uma sociedade em relação ao exercício da autoridade, entendida esta como decorrente de o exercício do poder estar consoante as aspirações culturais do grupo; e
- 4º) o deslocamento da lealdade da família, da organização religiosa etc., para esta autoridade.⁶

02. Massimo Severo Giannini⁷ afirma que, historicamente, o Estado sempre atuou visando, pelo menos, organizar o sistema econômico existente. Assim, nas grandes civilizações da Antiguidade, na beira dos rios (Tigre, Eufrates, Nilo etc.), o Estado agia visando ao melhor aproveitamento possível da água nas atividades produtivas. Também o fez para unificação de um sistema de tempo-calendário, pesos e medidas, e por aí assim.

Na Idade Média surgiram as feiras e os instrumentos a partir dos quais a burguesia passa a se tornar um instrumento identificado, embora periférico ao sistema, mas que se encontrava em ascensão.⁸ Com o ressurgimento das cidades, um novo modo de produção estava sendo iniciado. Pouco a pouco uma crescente

LOPÉZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *La Configuración Jurídica del Principio de Autoridad*. Madrid: Civitas, 1993; DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999.

³ DANTAS, Ivo. *Direito Econômico Constitucional: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.

⁴ Neste sentido, ver, por todos: STRECK, Lênio; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-26; que relativizam a importância desta discussão, ao mencionar que: “Independentemente do ‘nome da coisa’ ou do mérito dos argumentos alinhavados a favor de uma tese ou de outra, é importante deixar assentado que o Estado Moderno é uma inovação.”

⁵ STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do Estado Moderno*. Lisboa: Gradiva, 1986. p. 16.

⁶ JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: FCE, 2001. cap. 10.

⁷ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell’economia*. Bologna: Il Mulino, 1985. p. 19-24. Ver também: ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de direito econômico e de direito bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983. p. 18-22.

⁸ TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

especialização de tarefas passou a permitir maior produtividade e consequente rentabilidade. Nas cidades, como homens livres, os artesãos passaram a ganhar proporcionalmente à sua produção. A desintegração do modo de produção feudal já havia alcançado um estágio avançado antes mesmo de o modo de produção capitalista se estabelecer.

Com a retomada das rotas comerciais, principalmente em razão das Cruzadas, e com o crescimento das cidades, houve um incremento do comércio motivado pelo acréscimo de consumo da nobreza. A aristocracia desejou rodear-se de artigos luxuosos ou que lhe aumentassem o conforto, o que dinamizou sensivelmente o comércio, que não surgiu nesta época, mas nela apenas foi incrementado, pois existia em pequena escala, periféricamente, mas não era um elemento totalmente estranho ao sistema. A economia passou lentamente de agrária para artesanal, angariando trocas mais importantes. Os preços passaram a ser estipulados mercantilmente, e não mais por *status*. Surgiram as especializações profissionais. A produção, embora artesanal e de pequena escala, assegurava a expansão das trocas. Sendo uma economia de necessidades locais conhecidas, não havia riscos de saturação do mercado.

Expandia-se o crédito, apareceram as grandes feiras e bolsas, e, consequentemente, os bancos. Os problemas com a Igreja Católica quanto aos empréstimos a juros, que caracterizariam a usura, puderam ser contornados a partir do momento em que ela começou a possuir ativos financeiros de monta.

03. Com o incremento do sistema de trocas, o direito teve que se modificar. O direito romano, que havia sido traspassado para a Idade Média através da Igreja Católica, que nele viu a possibilidade de concretizar suas aspirações universalistas, não mais servia aos burgueses em suas atividades mercantis, posto que era por demais formalista. Logo, era necessária sua adequação aos seus interesses de classe.

O direito, àquela época, não era nem ao menos formalmente igual para todos. Os nobres possuíam seus privilégios, bem como a Igreja. Os comerciantes também passaram a querê-los. Surge daí o direito mercantil, que inicialmente julgava causas apenas entre comerciantes, mas que logo passou a julgar qualquer causa em que o comerciante estivesse envolvido, mesmo que a outra parte fosse um nobre ou eclesiástico. Alguns assuntos estavam afastados do direito romano, sendo atinentes ao direito mercantil, como, por exemplo, a locação de imóveis comerciais, que visava afastar a especulação promovida pelos proprietários de imóveis urbanos, geralmente nobres. Segundo Galgano, o direito foi denominado mercantil porque criado pela classe mercantil, e não porque regulava as atividades mercantis.⁹

⁹ GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona: Laia, 1987. p. 49.

O direito romano não servia *in totum* aos interesses burgueses, uma vez que tinha por finalidade proteger a propriedade, pois era um sistema jurídico baseado na conservação e não na acumulação de riquezas, pois a sociedade romana visava não ao desenvolvimento, mas à segurança e à estabilidade, conforme Galgano.¹⁰ O direito romano tinha por máxima a frase de Ulpiano segundo a qual o direito trata de como uma coisa chega a ser de alguém, de como este a conserva e de como a vende ou a perde. O contrato era visto nesta perspectiva como um meio através do qual se adquire ou se perde a propriedade. Com o direito mercantil o contrato passou a ser vislumbrado como um instrumento para a aquisição de novas riquezas. Era mais importante a compra e venda rápida do que o formalismo assecuratório do bem adquirido, próprio do sistema romano.

Assim, consoante a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., “a figura do contrato, como se entende hoje, a instituição do contrato relacionado à liberdade de troca, tem sua origem, mais imediata, não na Roma Antiga, mas na Idade Média, pelo menos no Ocidente [...]. O que conhecemos hoje como contrato está relacionado com o desenvolvimento da sociedade capitalista”.¹¹

Segundo Fábio Nusdeo, o sistema econômico baseava-se na tradição, uma vez que cada qual produzia de conformidade com a produção de seus antepassados, e não de acordo com o mercado. Era uma economia de necessidades conhecidas e não de produção em massa.¹² Desse modo, em Roma, tal como em todas as civilizações que se encontram no sistema de pré-mercado, o poder econômico advinha em razão do sucesso do indivíduo como general, senador etc. Diversamente ocorre nos sistemas de mercado, onde é o poder econômico que qualifica a pessoa à obtenção de posições nos meios políticos.

04. *O mercado é usualmente considerado* como um instrumento que vigora ao sabor de uma *mão invisível* que o administra. Essa compreensão é fruto da fase histórica em que surgiu o Estado Liberal, como oposição ao sistema político que idealmente lhe antecedia, o Estado Absolutista.

O despertar do Estado Liberal foi um período de grandes turbulências no mundo ocidental. O escocês Adam Smith publicou um livro denominado *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*, que viria a mudar a forma de relacionamento entre os indivíduos e os governos a partir de então. O foco principal da obra era analisar o aspecto econômico das transações que ocorriam entre Estados, e entre estes e as pessoas individualmente consideradas. Sua importância decorre da diferenciação do modo pelo qual o Estado deveria atuar sobre

¹⁰ GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona: Laia, 1987. p. 51.

¹¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O destino do contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, n.9, ano III, p. 9-51, 1982.

¹² NUSDEO, Fabio. *Da política econômica ao direito econômico*. 1977. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977.

a economia, e os reflexos disso na sua formação – o que trouxe relevantíssimos debates juseconômicos.

A preocupação central era demonstrar os efeitos perversos das políticas econômicas mercantilistas,¹³ que vigiam à época em várias nações. Para o mercantilismo, por exemplo, o Estado deveria acrescentar sua força para favorecer o enriquecimento dos cidadãos.¹⁴ Daí por que, para o liberalismo,¹⁵ que surge após o mercantilismo¹⁶ e a ele se contrapõe, o primado deveria ser na liberdade dos cidadãos em negociar sem ingerências do governo – qualquer que fosse a forma pela qual este se organizasse.

Adam Smith publicou essa obra em 1776; a declaração de independência dos Estados Unidos da América ocorreu naquele mesmo ano; a Constituição norte-americana surgiu em 1787; a coletânea de artigos denominada *O Federalista*, que desempenhou importante papel na revolução americana, surgiu em 1788; e no ano seguinte, em 1789, ocorreu a Revolução Francesa – eventos que sofreram forte influência das ideias liberais que circulavam pelo mundo. Em dezembro de 1791 entra em vigor o *Bill of Rights* estadunidense, que havia sido aprovado em 1789. A tônica era o fim dos Estados absolutos e o surgimento de uma nova era na qual eram pregados os ideais de *liberdade, igualdade e fraternidade*, lema que se tornou a marca da Revolução Francesa.

05. Vê-se a ideia de retração e limitação dos poderes do Estado de forma bem clara em Adam Smith, que acreditava que o sistema de liberdade natural se estabelecia por si próprio, pois, “todo homem, desde que não viole as leis da

¹³ O mercantilismo tem por princípio fundamental a “necessidade de elevar ao máximo o poderio e a riqueza da nação e, para tanto, é essencial a posse de um grande estoque de metais preciosos”, conforme: LAJUGIE, Joseph. *As doutrinas econômicas*. São Paulo: Difel, 1981. p. 15. No mesmo sentido: DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Editorial Gleba, [s.d.] p. 90-91: “O ouro e a prata, importados em grande quantidade da América, permitem multiplicar a moeda posta em circulação. Sendo reduzido o custo dos metais preciosos, os preços sobem. Entre 1492 e 1602, o poder de compra da moeda em França, reduz-se em 80 por cento [...] O desenvolvimento comercial favoreceu também poderosamente a unificação das nações. A unidade da Inglaterra só se realizou verdadeiramente sob o reinado de Henrique VII (1495-1509) Em França, a unidade nacional firma-se a partir do reinado de Luiz XI (1461-1483). Em Espanha, a unidade é realizada em 1469 com o casamento de Fernando de Aragão e de Isabel de Castela. Os Países Baixos protestantes conquistaram sua independência dos espanhóis em 1609”. Tudo isso gerava “intervenção do Estado”, que conduzia a atividade econômica com mão de ferro. Para uma análise histórica ver: NUNES, Antônio José Avelãs. *Uma volta ao mundo das ideias econômicas – será a economia uma ciência?* Coimbra: Almedina, 2008. p. 47-110.

¹⁴ DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Editorial Gleba, [s.d.], p. 96.

¹⁵ Deve-se registrar que os fisiocratas foram, de alguma forma, precursores dos liberais, pois defendiam que o governo nada fizesse, devendo cobrar apenas um só imposto sobre os proprietários de terras. “A regra do ‘deixai fazer, deixai passar’, que se fundamentava à primeira vista, no exame da realidade, tornou-se agora, entre os fisiocratas, como para seu inventor, o intendente Vicent de Gournay, um primeiro princípio que se não quer já discutir. [...] Sem dúvida, os fisiocratas não recusariam subscrever esta proposição de seu contemporâneo Linguet: ‘Um só Deus, um só príncipe, uma só lei, um só imposto, uma só medida’”, segundo: DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Editorial Gleba, [s.d.], p. 180-181.

¹⁶ Antônio José Avelãs Nunes, com correção, introduz entre eles o fisiocratismo, indicando se tratar de uma fase em que a ciência econômica se inicia e que dá ensejo ao liberalismo. *Uma volta ao mundo das ideias econômicas – será a economia uma ciência?* Coimbra: Almedina, 2008. p. 111-197.

justiça, tem direito a lutar pelos seus interesses como melhor entender e a entrar em concorrência, com sua indústria e capital, com os de qualquer outro homem, ou ordem de homens.”

O soberano, neste caso correspondente ao Estado,

fica totalmente liberado de um dever, cuja tentativa de concretização o exporá sempre a variadíssimas desilusões e para a perfeita realização do qual jamais bastaria a simples sabedoria ou conhecimento humanos – o dever de superintender o trabalho das pessoas privadas e de o dirigir para as atividades mais necessárias à sociedade.¹⁷

Nesse sistema de liberdade natural, o Estado teria apenas três deveres a cumprir: (1) o de proteger a sociedade da violência e das invasões de outras sociedades; (2) o de proteger todos os membros da sociedade das injustiças ou opressão de qualquer outro membro, que seria o de prestar justiça; (3) e o de criar e preservar certos serviços e instituições públicas que nunca poderiam ser criadas ou preservadas no interesse de um indivíduo, ou pequeno número de indivíduos, já que o lucro daí advindo não justificaria seu interesse nelas.

Dessa compreensão de Adam Smith sobre a liberdade natural e a contenção das atividades do Estado é que advém a famosa “mão invisível” do mercado, que limita a atuação do Estado às funções de garantidor da ordem internacional, da segurança interna e da paz entre os homens.

Todavia, alerta Smith, que à medida do desenvolvimento civilizatório haveria necessariamente o aumento do financiamento do Estado pelos seus súditos, em especial pelos custos dos exércitos: “o primeiro dever de um soberano, o de defender a sociedade da violência e da injustiça de outras sociedades independentes, torna-se cada vez mais oneroso, à medida que a sociedade avança em civilização”.¹⁸

O segundo dever do soberano, o de ministrar justiça, também impõe fortes custos ao Estado, e se demonstram imprescindíveis, pois:

A avareza e a ambição nos ricos e o ódio ao trabalho e a tendência à preguiça e ao ócio nos pobres, constituem as paixões que predis põem ao ataque à propriedade, paixões muito mais fortes na sua ação e muito mais universais na sua influência. Sempre que há muita propriedade, há muita desigualdade. Para cada homem rico, haverá, pelo menos, quinhentos homens pobres, e a prosperidade de uns poucos pressupõe a indigência de muitos. A prosperidade dos ricos provoca a indignação dos pobres que muitas vezes são levados pela necessidade e influenciados pela inveja a apropriar-se de seus bens.

¹⁷ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Livro II. p. 284.

¹⁸ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Livro II. p. 311.

E é só com a proteção do magistrado civil que o dono dessa valiosa propriedade, adquirida com o trabalho de muitos anos ou, talvez, de muitas gerações, poderá dormir em segurança.¹⁹

O governo civil, na medida em que é instituído com vista à segurança da propriedade, é, na realidade, instituído com vistas à defesa dos ricos em prejuízo dos pobres, ou daqueles que possuem alguma propriedade em detrimento daqueles que nada possuem.²⁰

A despeito do registro sobre a desigualdade econômica, esse trecho demonstra que, no entender de Adam Smith, a magistratura civil existia sempre e tão somente para a proteção de quem tinha propriedades contra aqueles que não a possuíam, observado aquele período histórico.

O “terceiro e último dever do soberano” é a criação e manutenção daqueles serviços que, embora possam ser altamente benéficos para a sociedade, não podem gerar lucros para um indivíduo ou um pequeno número deles, em face de seu custo. Nesse grupo Smith inclui “aqueles criados com vista a facilitar o comércio da sociedade e promover a instrução do povo”.²¹ Mesmo assim, alguns deles podem ser custeados pelos seus beneficiários diretos, e não à custa do bolso geral da sociedade, como, por exemplo, estradas, pontes e canais navegáveis. Pouco resta ao Estado fazer nesse sistema, logo, os impostos deveriam ser bastante módicos para evitar onerar a sociedade, que teria suas necessidades satisfeitas pela “liberdade natural” advinda do mercado livre.²²

É curioso observar o registro feito de forma oblíqua sobre o *desvio de verba* para a construção de obras na Grã-Bretanha, ao mencionar que, “em muitos portos, o dinheiro cobrado era superior ao dobro do dinheiro necessário para se realizar, da maneira mais completa, a obra que era muitas vezes realizada de um modo descuidado, e, por vezes, nem sequer realizada”.²³

Considerado o *pai da economia liberal*, Adam Smith entendia que *a sociedade de mercado é governada pela economia, e não pela política*, o que leva Gilberto Bercovici a compará-lo como o anti-Maquível,²⁴ o qual entendia a política como central a qualquer atividade. Isso porque, segundo Adam Smith:

¹⁹ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 316.

²⁰ *Ibid.*, p. 322.

²¹ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 333.

²² Interessante análise sobre a tributação nos autores antecedentes a Adam Smith pode ser encontrada em: ANDRADE, Fernando Rocha. A tributação do rendimento no pensamento econômico antes de Adam Smith. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes), p. 305-350, 2014.

²³ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Livro II, p. 339.

²⁴ BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes), p. 737-754, 2014.

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. Ninguém, a não ser o mendigo, sujeita-se a depender sobretudo da benevolência dos semelhantes.²⁵

No âmbito educacional, Smith menciona que “até ao tempo de Marco Antônio, nenhum professor terá tido, contudo, qualquer salário pago pelo público, ou quaisquer outros emolumentos, a não ser os que derivavam dos honorários ou propinas dos seus alunos”.²⁶ Smith se apresenta como um ardoroso defensor do custeio dos docentes diretamente pelos alunos, sem que houvesse nenhuma remuneração por parte do Estado, e vociferava:

Noutras universidades o professor está proibido de receber qualquer honorários ou propina dos alunos, e o seu salário constitui a totalidade do rédito que obtém de sua função. O seu interesse, neste caso, coloca-se o mais possível diretamente em oposição ao seu dever. É o interesse de qualquer pessoa viver o mais desafogadamente possível; e se os seus emolumentos vão ser precisamente os mesmos, quer ele execute ou não qualquer trabalho laborioso, naturalmente que seu interesse, tal como esse é entendido vulgarmente, é, ou negligenciá-lo totalmente, ou, se estiver sujeito a qualquer autoridade que o não permita, executar o seu trabalho tão descuidada e negligentemente quanto essa autoridade o permitir. [...] Na Universidade de Oxford, a maior parte dos professores desistiram nesses últimos anos até mesmo da pretensão de ensinar.²⁷

Desse modo, Adam Smith deixa muito pouco a cargo do Estado, não lhe cabendo nem mesmo a atividade de educação, que deveria ser remunerada pelos próprios alunos, principais interessados na aquisição do saber.

06. Contata-se, *em mero contraponto*, que a fórmula proposta para conter o governo era a do exacerbamento da distinção entre as liberdades civis e políticas,²⁸

²⁵ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1, p. 74.

²⁶ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Livro II, p. 410-411.

²⁷ SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. Livro II, p. 392.

²⁸ Nesse sentido, vale a leitura da distinção entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos, em: CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007. Esse tema foi melhor explorado em: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. cap. 2.

a fim de que os indivíduos pudessem melhor controlar os desvios do poder, o que caracteriza a divisão entre *sociedade civil* e Estado, marca dominante do capitalismo.

Aponta Hannah Arendt que daí a liberdade troca de lugar, não mais residindo na esfera pública, e sim na

vida privada dos cidadãos, e, por isso, necessita ser defendida *contra* o Estado.

A liberdade e o poder se afastam, e assim tem início a fatídica equiparação entre poder e violência, entre política e governo, entre governo e mal necessário.²⁹

O problema com as ideias tipicamente liberais é que não se pode chegar ao *bem comum* pelo livre jogo das forças de mercado, que privilegiam quem tem propriedade ou o livre acesso a ela.³⁰ De fato, como aponta Hannah Arendt,

logo que entrou no domínio público, a sociedade assumiu o disfarce de uma organização de proprietários (property-owners), que, em vez de requererem o acesso ao domínio público em virtude de sua riqueza, exigiram dele proteção para o acúmulo de mais riqueza.³¹

Ou ainda como adverte Keynes:

Esclareçamos desde o início os princípios metafísicos ou gerais sobre os quais, de tempos em tempos, se fundamentou o *laissez-faire*. Não é verdade que os indivíduos possuem uma “liberdade natural” prescritiva em suas atividades econômicas. Não existe um contrato que confira direitos perpétuos aos que os têm ou aos que os adquiriram. O mundo não é governado do alto de forma que o interesse particular e o social sempre coincidam. Não é administrado aqui embaixo para que na prática eles coincidam. Não constitui uma dedução correta dos princípios da Economia que o auto-interesse esclarecido sempre atua a favor do interesse público. Nem é verdade que o auto-interesse seja geralmente esclarecido; mais freqüentemente, os indivíduos que agem separadamente na promoção de seus próprios objetivos são excessivamente ignorantes ou fracos até para atingi-los. A experiência não mostra que os indivíduos, quando integram um grupo social, são sempre menos esclarecidos do que quando agem separadamente.³²

²⁹ ARENDT, Hannah. *Sobre a Revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 184.

³⁰ “Desde o nascimento da civilização capitalista, o princípio ético supremo passou a ser a busca racional, por cada indivíduo, do próprio interesse material, sem a menor preocupação com o bem comum”. COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes), p. 1115-1144, 2014.

³¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 83.

³² KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (org.). *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983. p. 120.

Prosegue Keynes, citando Edmund Burke, para identificar o que chamou de “principal tarefa dos economistas”, qual seja, distinguir o que é a *Agenda do Governo* da *Não Agenda*:

Um dos problemas mais refinados na legislação, ou seja, determinar o que o Estado deveria tomar a si para dirigir pela sabedoria pública, e o que deveria deixar, com tão pouca interferência quanto possível, ao exercício dos indivíduos.³³

A situação se torna mais complexa em sociedades marcadamente desiguais, pois, sendo o mercado dominado pela lógica do lucro – como pressupor que os “despossuídos” tenham recursos para fazer frente ao custo de alguns direitos? Esse é o problema insolúvel dessa análise. Só com a inclusão dos “despossuídos” no sistema de mercado é que se tornarão relevantes dentro deste. Todavia, o objetivo do ser humano é ser uma pessoa “no mercado”, que tenha ampla possibilidade de acumulação de riquezas, ou “ser livre” das misérias, afastar o que lhe dá desprazer e buscar sua felicidade? Será que o sistema de relações de emprego inseguro, instável e mal remunerado lhe dará tal segurança e permitirá que exerça plenamente essa liberdade?

II O mercado é uma instituição jurídica

07. Ocorre que a liberdade generalizada protagonizada nos mercados do século XVIII propiciou o surgimento de economias de escala que favoreciam posições *monopolísticas*, o que contrariava a filosofia liberal de mercado. Para que a lei da oferta e da procura pudesse fluir naturalmente, para a qual seria necessário haver uma *pulverização de agentes econômicos*, surgiu uma barreira com o advento dos *monopólios* e *oligopólios* nascentes. Daí terem sido aprovadas no final do século XIX, nos Estados Unidos da América (considerada a pátria do liberalismo), *leis antitruste*³⁴ que objetivavam combatê-los, *sendo necessário modificar a ordem jurídica para que fosse possível tentar manter o sistema econômico liberal*, que, por si só, não se manteria, *pois o mercado seria dominado por um punhado de grandes empresas*.³⁵ Daí advém a ideia do Estado Intervencionista, através do

³³ KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983. p. 120.

³⁴ Para análise do contexto histórico destas normas, ver, dentre outros: FORGIONI, Paula. *Os Fundamentos Jurídicos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, em especial o item 1.2.

³⁵ Nesse sentido, *vide* a seção 2 da lei: “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction

qual, para manter a ordem econômica capitalista, será necessária a intervenção *jurídica* do Estado.

O primado das *ideias* liberais pertence ao século XVIII, que foram implantadas no século XIX, e que não necessariamente se coadunam ao atual século XXI. Nesse entretempo diversos fatos modificaram o mundo em que vivemos, dentre eles duas Guerras Mundiais, uma revolução tecnológica e uma inusitada crise global sanitária decorrente da pandemia do coronavírus. A intensificação da globalização é um fato a ser considerado e o mundo se tornou *mais plano*,³⁶ no sentido de facilitar o livre acesso de pessoas à informação e aos bens e serviços fornecidos em qualquer lugar do planeta.

Nesse sentido, é temerária qualquer expressão que denote “intervenção” do Estado no domínio econômico pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir.

Então, o que caracterizaria o Estado como “intervencionista”, já que ele o é desde há muito? Temos que a chave para solução desta questão somente pode ser encontrada quando *se contrapõe ao regime econômico contemporâneo o regime econômico liberal*. Daí surge que no Estado Liberal o Estado não “intervinha” na economia como dantes. Veja-se, por exemplo, a tentativa de tabelamento de preços efetuada por Diocleciano durante o Império Romano, ou mesmo a minuciosa regulamentação mercantilista, característica do Estado Absolutista, dentre outros exemplos acima indicados.

Admitimos então que o Estado Liberal, mesmo quando agia *apenas* para manutenção da ordem, da segurança e da paz, *intervinha* no domínio econômico. Diz-nos Vital Moreira³⁷ que

a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma ‘intervenção’: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia. Essa atividade do Estado sobre o domínio econômico não seria intervenção, por ser inerente ao Estado, como instância política da formação social. Seria o *ponto zero de intervenção*”.

Assim, o Estado “absenteísta” nas relações econômicas permitia que os detentores de poder econômico mantivessem e reproduzissem *as condições objetivas*

thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

³⁶ Para esse conceito, ver: FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano*. Uma breve história do século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

³⁷ MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1987. p. 198-199.

de produção. E era “absenteísta” porque tais detentores de poder econômico assim determinavam, pois tal lhe favorecia.

Temos então que os proprietários de poder econômico mantiveram o Estado “intervindo” apenas nessa “mínima” intensidade, neste “ponto zero de intervenção”, pois não lhe interessava que o Estado agisse além desse patamar.

Logo, conclui-se que os *mecanismos liberais propiciaram à economia uma ordem livre, mas que não era natural, posto que criada pelo Estado, que intervinha na economia no “ponto zero”, diversamente do que era praticado anteriormente.*

08. Seguindo este raciocínio, admitimos que o conceito de “intervenção do Estado no domínio econômico” e o de “não-intervenção do Estado no domínio econômico” têm a mesma matriz, ou seja, os *aspectos econômicos são estruturalmente dominantes sobre os aspectos políticos*. Por outras palavras: o *poder econômico domina os aspectos políticos e através de normas jurídicas dirige o Estado para que atue da maneira que mais interessar àqueles – intervindo ou não intervindo.*

O Estado contemporâneo somente pode ser considerado como intervencionista no domínio econômico se contraposto ao Estado Liberal, em que a intervenção também ocorreu, apenas que no “ponto zero”. Os Estados antigos eram igualmente intervencionistas no domínio econômico, em graus superiores ao que convencionamos chamar de “ponto zero de intervenção”, típico do Estado Liberal.

Concluído este raciocínio, julgamos que a intervenção estatal no domínio econômico não cumpre papel socializante; muito pelo contrário, cumpre, dentre outros, o papel de mitigar os conflitos do Estado Liberal, através da atenuação de suas características.

Hoje é assente, escreveu Fábio Konder Comparato, que a

posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser. [...] Em matéria de moeda, de crédito, de relações de trabalho, de produção agrícola, de concessões administrativas, de comércio exterior, de criação e funcionamento de bancos e companhias de seguro e tantos outros domínios, o ordenamento jurídico tornou-se em pouco tempo prenhe de disposições de ordem pública, não raro sancionadas penalmente, de caráter particularista e muita vez contraditório. [...] O Direito deixa-se assim penetrar de conteúdo econômico, ao mesmo tempo em que a Economia torna-se sempre mais administrativa ou regulamentada, isto é, jurídica.”³⁸ (grifos apostos)

Desse modo, deixa de haver um *livre mercado apenas regulado pela mão invisível da economia* e passa a haver um *livre mercado regulado pelo Direito*, que possui,

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: _____. *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 457-458.

dentre outras funções, a de *permitir que haja efetivamente a mais livre concorrência possível entre iguais, não admitindo que uma das partes economicamente mais forte esmague a outra, mais fraca*, pois, como lembra Vital Moreira

o principal desses fatores de destruição da concorrência é o desenvolvimento de ações monopolísticas ou a realização de acordos (trust, cartel, sindicato etc.) tendentes a eliminá-la, (sendo que) uma das principais missões da ordem jurídica e do Estado, ao serviço da 'ordem da concorrência', é impedir essas situações, dissolvendo os monopólios e tornando nulos aqueles acordos. Só assim é possível manter a economia a funcionar segundo os seus princípios originários; e por aí se explicariam todas as tentativas de legislação antitruste e anticartel".³⁹ (grifos e parêntesis apostos).

Daí se pode afirmar que o mercado não decorre apenas do livre jogo das forças de mercado, e sim que *o Direito regula o mercado*, dentro do qual as forças econômicas atuam. É o Direito que estabelece os limites do mercado econômico. *O mercado é uma instituição jurídica*, que delimita a atuação dos agentes econômicos.

Só por meio dessa trajetória de modificações no sistema de mercado, que deixou de ser considerado "livre", como nas teorias dos séculos XVIII e XIX, é possível compreender como, no final do século XX, a Constituição brasileira de 1988 efetuou esta proclamação:

Art. 219. *O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.*

Portanto, *é o Direito que regula as condições de mercado, não mais sendo possível, nos dias atuais, se falar de um mercado que seja guiado pela mão invisível.*

III O fundamento jurídico da regulação de mercado na Constituição brasileira de 1988

09. Na Constituição de 1988 o capítulo referente à *Ordem Econômica e Financeira* inicia a partir do art. 170, com a enunciação de seus fundamentos e princípios, dentre os quais se encontram os da *liberdade de iniciativa econômica*, constante do *caput* do art. 170 da Constituição e o de *livre concorrência*, inscrito no inciso IV daquele mesmo artigo. Estes dois preceitos não são sinônimos.

³⁹ MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1987. p. 84.

Entende-se que *liberdade de iniciativa econômica* decorre de um primado de *Liberdade*, que permite a todo agente econômico, público ou privado, pessoa física ou jurídica, exercer livremente, *nos termos das leis*, atividade econômica em sentido amplo. Parte de um conceito de liberdade de exercício da profissão, para os trabalhadores; e da liberdade do exercício de uma atividade econômica, para as empresas.⁴⁰

Por outro lado, a *livre concorrência* se funda *primordialmente* na *Isonomia*, e não na *Liberdade* (a qual, embora não esteja afastada, não é o ponto central). *Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência mais saudável, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os Princípios da Ordem Econômica*. Trata-se de uma isonomia controlada, na qual monopólios, oligopólios e outros mecanismos de domínio de mercado por meio de práticas anticoncorrenciais sejam evitados. *O papel do Estado não é acabar com a concorrência, mas o de evitar que posições dominantes levem à morte da concorrência*. Assim, a isonomia de que se fala não é uma *pasteurização* do mercado, *mas o combate à força e aos procedimentos desmesurados de players que dominem o mercado e acabem com ele, fazendo predominar a concorrência*.

Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja Isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre concorrência repudia os monopólios⁴¹ pois eles são sua antítese,⁴² sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da Liberdade), mas com ações concretas, por exemplo, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da concorrência (cuja base é a Isonomia).

Exatamente por ser uma questão *isonômica* é que a Constituição consagra a livre iniciativa como um princípio fundamental da ordem econômica (art. 170, IV) e *também estabelece um imperativo ao Estado no sentido de controlar o abuso do poder econômico*, conforme consta do art. 173, §4º:

§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.

⁴⁰ Sobre o conceito de “liberdade de iniciativa”, ver: NUSDEO, Fábio. *Fundamentos Para Uma Codificação Do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995 e GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 181 *et seq.*

⁴¹ Sobre monopólios e antitruste, recomenda-se o livro: FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. Sobre o tema globalização e concorrência, sugere-se a leitura de: NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – O Controle da Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁴² Não se discutem, naturalmente, monopólios naturais ou de fato, nem aqueles obtidos licitamente, vez que não proibidos pela Constituição.

10. Nesse sentido, o princípio da *livre concorrência* (art. 170, inciso IV, CF), asseverando a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, é circunscrito ao que estabelece o parágrafo único, que autoriza seu exercício independentemente de autorização de órgãos públicos, *salvo nos casos previstos em lei* (art. 170, parágrafo único, CF).

Esta ressalva estabelecida no parágrafo único, “salvo nos casos previstos em lei”, dentre outros dispositivos legais, dá a abertura jurídica necessária para que ocorra a *regulação da economia*.

Daí que o Estado, através da Constituição e das leis, pode regular o mercado de duas formas.

1. Ou atuando diretamente na economia (*no* domínio econômico) através de empresas estatais, conforme o permissivo do art. 173 da Constituição.
2. Ou através de *regulação normativa* (*sobre* o domínio econômico), utilizando-se de normas de *indução* ou de *direção* econômica.

Isso aponta para o fato inconteste de que atualmente arrefeceu a participação do Estado enquanto agente econômico, intervindo *no* domínio econômico, através de empresas estatais, enquanto que foi bastante intensificada a intervenção *sobre* o domínio econômico, como *agente regulador*.

Esta *regulação* pode ocorrer de duas formas, conforme o magistério de Eros Roberto Grau, “no caso das *normas de intervenção por direção* estamos diante de comandos normativos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes [...]. No caso das *normas de intervenção por indução*, defrontamo-nos com preceitos que, embora prescritivos (deonticos), não são dotados da mesma carga de cogência que afeta as normas de intervenção por direção”.⁴³

Desta maneira, cabe ao Estado incentivar comportamentos, através de normas de *indução*, ou mesmo vetar comportamentos, através de normas de *direção*, sempre com os olhos voltados à boa regulação econômica do mercado e à consecução dos objetivos nacionais (art. 3º, CF), respeitados os princípios da Ordem Econômica (art. 170, CF).

Esta regulação pode ocorrer de forma mais concentrada em alguns segmentos econômicos, como se vê nos *onze setores* que, por envolverem diversos âmbitos sensíveis para a economia nacional, são mais fortemente monitorados através de *agências reguladoras* (art. 2º, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019).⁴⁴

⁴³ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 157-158.

⁴⁴ Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel); Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel); Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); Agência Nacional de Águas (ANA); Agência Nacional de

A estes se deve *acrescer mais um setor*, regulado fortemente pelo Estado, que é o do *Sistema Financeiro Brasileiro*, cujo fortíssimo agente é o Banco Central, por força de expressa previsão constitucional no art. 164, inserido no Capítulo II, denominado *Das Finanças Públicas*, tópico referente ao Título IV, denominado *Da Tributação e do Orçamento*.

Tais setores, por serem considerados muito sensíveis para fins da atividade econômica em nosso país, tornaram-se mais fortemente regulados, porém isso não esgota a capacidade regulatória do Estado brasileiro, que pode ser exercida também em outras áreas da economia, *diretamente através de leis, isto é, pelo Congresso Nacional*, como se verifica a seguir, de forma meramente exemplificativa:

- a) Até 2015, a Lei nº 8.080/90 vedava em seu art. 23 a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, com algumas exceções. A partir de 2015, a regulação econômica efetuada pelo Congresso Nacional, por força da Lei nº 13.907/15, passou a permitir a participação de capitais estrangeiros nesse setor.
- b) Por força do art. 73 do Decreto-Lei nº 73/66, as sociedades seguradoras não poderão explorar qualquer outro ramo de comércio ou indústria.
- c) O art. 181, II, da Lei nº 7.565/86 estabelecia que a exploração de serviços aéreos públicos só seria concedida a empresas que tivessem 4/5 (quatro quintos) do capital social com direito a voto pertencente a brasileiros. Muitas alterações ocorreram no texto até o advento da Lei nº 13.842/19, que acabou com esta espécie de restrição.
- d) A Lei nº 12.598/12 estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa e dispõe sobre regras de incentivo à área estratégica de defesa, determina que a empresa considerada “Estratégica de Defesa” deva assegurar, em seus atos constitutivos ou nos atos de seu controlador direto ou indireto, que o conjunto de sócios ou acionistas e grupos de sócios ou acionistas estrangeiros não possam exercer em cada assembleia geral número de votos superior a 2/3 do total de votos que puderem ser exercidos pelos acionistas brasileiros presentes.
- e) A Lei nº 6.099/74, que dispõe sobre o tratamento tributário das operações de arrendamento mercantil, em seu art. 2º, determina que não terá o tratamento favorecido previsto na Lei o arrendamento de bens contratado entre pessoas jurídicas direta ou indiretamente coligadas ou interdependentes, assim como o contratado com o próprio fabricante, e ainda dispõe que o

Transportes Aquaviários (Antaq); Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Agência Nacional do Cinema (Ancine); Agência Nacional de Aviação Civil (Anac); Agência Nacional de Mineração (ANM).

Conselho Monetário Nacional especificará em regulamento os casos de coligação e interdependência.

- f) O setor de empresas jornalísticas é outro que possui regulação direta pelo Congresso Nacional. A Lei nº 10.610/02 estabelece em seu art. 2º que a participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País. E ainda cria regras para que as empresas efetivamente controladas, mediante encadeamento de outras empresas ou por qualquer outro meio indireto, por estrangeiros ou por brasileiros naturalizados há menos de dez anos, não possam ter participação total superior a trinta por cento no capital social, total e votante, das empresas jornalísticas e de radiodifusão. Tais empresas, protegidas pela norma, vêm se insurgindo no STF, através da Associação Nacional de Jornais (ANJ), contra o avanço de empresas estrangeiras, em decorrência da informatização e da globalização dos meios de informação, através da ADI nº 5.613, com a relatoria do Ministro Celso de Mello.
- g) O setor de segurança privada e transporte de valores é fortemente regulado, inclusive por normas da Polícia Federal (Lei nº 7.102/83, Decreto nº 89.056/83, Portaria DPF nº 3.233/12).
- h) No setor financeiro o poder do Banco Central é tão grande que a Lei nº 4.595/64, em seu artigo 30, estabelece uma das mais fortes imposições regulatórias.⁴⁵

Muitos outros exemplos de *atividade regulatória direta* poderiam ser apresentados, porém os relatados demonstram este tipo de *capacidade regulatória diretamente exercida pelo Congresso Nacional*, independentemente da atividade cotidiana desenvolvida pelas agências reguladoras.

Esse rol exemplificativo demonstra que *é a política, através do Direito, que regula o mercado e a concorrência, afastando a ilusão da mão invisível criada no século XVIII, origem das ideias de livre mercado.*⁴⁶

⁴⁵ Art. 30. *As instituições financeiras de direito privado, exceto as de investimento, só poderão participar de capital de quaisquer sociedades com prévia autorização do Banco Central da República do Brasil, solicitada justificadamente e concedida expressamente*, ressalvados os casos de garantia de subscrição, nas condições que forem estabelecidas, em caráter geral, pelo Conselho Monetário Nacional.

⁴⁶ Isso não é um fato existente apenas no Brasil. O documentário *Salvando o Capitalismo*, disponível na Netflix, e baseado no livro de igual nome, de Robert Reich, aponta fenômeno semelhante que vem ocorrendo nos Estados Unidos da América.

IV Girando o parafuso: o direito é oriundo de escolhas políticas eleitorais e o poder econômico nelas é determinante

11. Reza o princípio da legalidade que todas as leis são elaboradas pelo Poder Legislativo consoante as normas atinentes ao *processo legislativo*, que é a atividade rotineira das casas legislativas.

Usualmente adota-se na seara jurídica uma visão *estática* desse processo social. Idolatra-se o princípio da legalidade, destaca-se o princípio da reserva legal, enfatiza-se ser necessário obedecer à lei – porém não se dá o devido destaque sobre *quem compõe os poderes que produzem a lei e como essas pessoas têm acesso a tais cargos*.

A ideia de que a cada homem corresponde um voto, e que há uma representatividade para o exercício do poder político, é uma instituição da Idade Moderna, existindo há pouco mais de 100 anos. A partir de então se passou a ter acesso ao Parlamento, que rege o princípio da legalidade, pelo voto – daí a importância das regras de acesso aos cargos políticos através das eleições.⁴⁷ Como estabelecer isonomia, ou, de forma mais ampla, como assegurar o *princípio republicano*⁴⁸ para esse acesso aos cargos políticos?⁴⁹

Lucas S. Grosman sintetiza essa ideia de forma precisa:

A igualdade estrutural de oportunidades aspira igualar o impacto da estrutura social sobre as oportunidades das pessoas. [...] Em nossa sociedade, esses processos são eminentemente competitivos. Por isso, a igualdade estrutural de oportunidades é especialmente sensível à dimensão competitiva das interações sociais. [...] *O processo eleitoral é o arquétipo da competição: está organizado em torno da ideia de ganhadores e perdedores, e o recurso que reparte é nada menos do que o poder político, o poder de conduzir o Estado.*⁵⁰

Pode-se acrescentar à afirmativa de Grosman: quem tem o poder político, tem o poder sobre a economia, isto é, o poder de decidir quem deve pagar e deixar de pagar os tributos, e decidir quem deve ou não receber as prestações sociais e as benesses governamentais – em síntese: regular a economia.

⁴⁷ Sobre esse aspecto, ver também: SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. cap. 3.

⁴⁸ Para esse conceito, ver: SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁴⁹ Um texto de relevo sobre o tema é *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*, de Friedrich Müller (São Paulo: Max Limonad, 1998), sendo de igual importância o Prefácio da obra, escrito por Fábio Konder Comparato.

⁵⁰ GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad* – Los Derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008. p. 85.

É instigante a afirmação de Pablo Lucas Verdú, ao tratar da separação de poderes e a questão eleitoral na atualidade:

A separação de poderes, não versa agora tanto sobre os clássicos poderes executivo, legislativo e judicial, aos quais acrescia Hariou, o poder do sufrágio, porque, como indicamos, apareceram outros poderes mais temíveis: *as finanças, a partidocracia e a mídia oligopólica, influenciando eficazmente nos correspondentes órgãos e instituições. [...] Por um lado, os partidos dominantes dependem das finanças, mas estas, por sua vez se politizam; por outro lado, a mídia oligopólica condiciona os partidos, mas estes, em contrapartida, coloreem ideologicamente a mídia.* Não há imprensa, radiodifusão e televisão neutras, independentes.⁵¹

A Constituição brasileira trata do assunto no art. 14, §9º, de forma a “proteger [...] a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. Registra-se que no art. 14, §10, a Constituição prevê a possibilidade de impugnação do mandato eletivo na hipótese de *abuso* de poder econômico – um conceito diferente do de *uso* do poder econômico, bem como distinto de *influência* do poder econômico, este previsto no art. 14, §9º, CF, aspectos fortemente debatidos no *leading case* da ADI nº 4.650, julgado pelo STF em setembro de 2015.

Teori Zavascki dá destaque à correlação entre o direito e as eleições ao afirmar que: “O dinheiro pode fazer muito mal à democracia, mas ele, na devida medida, é indispensável ao exercício e à manutenção do regime democrático”.⁵²

Ocorre que a ampliação do direito de voto em uma sociedade de massas, ativo (*ius suffragii*, direito de votar) e passivo (*jus honorum*, direito de ser votado), depende fortemente de dinheiro. É quase impossível a uma pessoa sem recursos financeiros – próprios ou de terceiros – ter acesso aos cargos políticos. É necessário angariar fundos de campanha, antes mesmo de angariar votos. É necessário captar os *grandes eleitores financeiros*, que são aquelas pessoas que financiam as campanhas eleitorais. Quanto maior for o número de *grandes eleitores financeiros* captados por um candidato, maiores são suas chances de êxito eleitoral. Afinal, havendo muitos candidatos, e poucos doadores, o mercado vencerá, e o doador se transformará em um *grande eleitor*. *Isso distorce o preceito que determina que a cada indivíduo corresponda um voto, fundamento isonômico do princípio republicano.*

⁵¹ LUCAS VERDÚ, Pablo. La Constitución en la Encrucijada (palingenesia iuris politici). *Revista Pensamiento Constitucional*, ano IV, n. 4, p. 134-135.

⁵² ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros* – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli. São Paulo: Atlas, 2016. p. 738. Registre-se que essa mesma frase consta de seu voto no acórdão da ADI nº 4.650. p. 139.

Como afirmou o Ministro Dias Toffoli na ADI nº 4.650: “Sem o voto censitário, sem o voto de cabresto, restou às forças econômicas do país atuar no financiamento das campanhas”.⁵³

Ou, na síntese proclamada pelo Ministro Marco Aurélio: “O dinheiro faz as vezes do eleitor”.⁵⁴

O sistema eleitoral faz com que os eleitos sejam mais fiéis aos financiadores de suas campanhas do que aos eleitores que neles votam. Os financiadores são *identificados*, já o eleitorado é *difuso*, e obtêm-se votos a partir de locais e de bandeiras eleitorais que não se sabe ao certo se geraram os votos esperados. Não há como medir com exatidão essa correlação entre o voto difusamente concedido, em diversas circunscrições eleitorais, se não for adotado algum mecanismo que permita melhor identificação entre o eleitor e o candidato – e, mesmo assim, a disputa por verbas apenas se repetirá, presume-se que em menor escala.

Esta correlação entre o mercado e o voto foi observada pela Ministra Rosa Weber na ADI nº 4.650:

em síntese, o detentor dos meios de produção, bens, recursos em geral, se encontra em situação de ascendência no mercado, podendo não somente decidir de forma autônoma, como também influenciar – positiva ou negativamente – os demais participantes da cadeia produtiva e consumidores.⁵⁵

Fica clara a correlação entre o art. 14, §9º, CF, que determina a proteção da normalidade e a legitimidade das eleições “contra a influência do poder econômico”, com o art. 173, §4º, CF, que determina que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à “dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. *Seguramente a influência econômica diretamente aplicada ao direito eleitoral gera, de certa forma, busca pela dominação dos mercados por parte dos financiadores.*

Com isso, o mercado, que é regulado pelo Direito, passa a ser um espelho do que acontece nas disputas eleitorais, que são dominadas por quem tem mais poder econômico, gerando um círculo vicioso que se reflete nas posições estatais que geram a produção normativa que vai regular o mercado.

O direito eleitoral, e em especial as fontes de financiamento de campanhas eleitorais, é um fator importantíssimo na análise da regulação do livre mercado, pois é a matriz que gera a obtenção de poder político pelo poder econômico.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650 – Distrito Federal. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão, sessão de 17 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 16 abr. 2020. p. 92.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 170.

⁵⁵ *Ibid.* voto Rosa Weber, p. 298.

V Conclusões

12. Retorna-se ao entendimento de Fábio Nusdeo,⁵⁶ que bem identificou o giro político-econômico existente em perspectiva histórica, quando afirmou que no passado o sistema econômico baseava-se na tradição, pois era uma economia de necessidades conhecidas, e não de acordo com o mercado, que passou a estimular o consumo. Na fase dos sistemas econômicos de pré-mercado, o poder econômico advinha em razão do poder político, enquanto que atualmente, nos sistemas de mercado, *é o poder econômico que qualifica o poder político.*

Demonstrou-se que o Estado conforma o mercado através do Direito, por meio de leis e outras normas e órgãos que possuem poder normativo de regulação, e que, portanto, o *livre mercado* é uma *construção jurídica*, que existe de *per si*.

Por conseguinte, há uma luta pelo domínio da máquina estatal a fim de poder influenciar a tomada das decisões jurídicas em prol de alguns setores ou empresas, sendo que a *pista* para sua compreensão se encontra na luta eleitoral pelo controle de seus postos-chave. A influência do poder econômico nas eleições gera o controle *indireto* do mercado pelo próprio mercado, através da assunção das posições que determinam a atuação do Estado na economia. Quanto maior for a dependência do mercado da atuação estatal na economia, maior será a importância do poder econômico nas eleições, e, como consequência, na colocação de pessoas identificadas com seus interesses setoriais ou empresariais nos postos de comando do Estado – pois estas pessoas influenciarão de forma direta a produção normativa regulatória da atuação estatal na economia, através do Direito.

A existência de um *livre mercado* passa pelo Direito, e pelos postos de controle da atuação do Estado na economia, que são determinados através das regras do jogo eleitoral. O *livre mercado* é conformado por uma *mão visível*, que se revela na legislação e na atuação regulatória do Estado, cujo governo de plantão assume os postos através de regras eleitorais, que irão conformá-lo.

Portanto, para compreender o *livre mercado* é necessário deslocar o olhar para analisar como se chega ao poder da máquina estatal, através das eleições. O poder econômico, de forma abusiva ou não, tem sido determinante para a conformação política do Estado brasileiro, acarretando sua direta vinculação ao poder político, e, conseqüentemente, na conformação dos mercados.

Abstract: It is an illusion to believe in the existence of free and self-regulated markets, as they are delimited by the state and organized according to the law. This, in turn, arises from periodic elections,

⁵⁶ NUSDEO, Fábio. *Da política econômica ao direito econômico*. 1977. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977. p. 14.

which determine the composition of the bodies of legislative and regulatory production. Therefore, the influence of elections on the conformation of the free market is a reality.

Keywords: Free market. State action. Regulation. Elections. Economic power of companies.

Referências

- ANDRADE, Fernando Rocha. A tributação do rendimento no pensamento econômico antes de Adam Smith. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes), p. 305-350, 2014.
- ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ARENDR, Hannah. *Sobre a Revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de direito econômico e de direito bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983.
- BERCOVICI, Gilberto. A expansão do estado de exceção. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes), p. 737-754, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650-Distrito Federal. Plenário. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão, sessão de 17 set. 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>. Acesso em: 16 abr. 2020.
- CLASTRES, Pierre. *A sociedade contra o Estado*. São Paulo: Ubu, 2017.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável Direito Econômico. In: _____. *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- COMPARATO, Fábio Konder. Poder político e capitalismo. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, v. LVII, t. I (em homenagem ao Prof. Dr. Antônio José Avelãs Nunes), p. 1115-1144, 2014.
- CONSTANT, Benjamin. *Princípios de política aplicáveis a todos os governos*. Rio de Janeiro: Topbooks, 2007.
- DANTAS, Ivo. *Direito Econômico Constitucional: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.
- DENIS, Henri. *História do pensamento econômico*. Lisboa: Editorial Gleba, [s.d.].
- DOMINGO, Rafael. *Auctoritas*. Barcelona: Ariel, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O destino do contrato. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano III, n. 9, p. 9-51, 1982.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- FRIEDMAN, Thomas. *O mundo é plano*. Uma breve história do século XXI. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- GALGANO, Francesco. *Historia del derecho mercantil*. Barcelona: Laia, 1987.
- GIANINNI, Massimo Severo. *Diritto pubblico dell'economia*. Bologna: Il Mulino, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

- GROSMAN, Lucas S. *Escasez e Igualdad* – Los Derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008.
- JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Cidade do México: FCE, 2001.
- KEYNES, John Maynard. O fim do “laissez-faire”. In: SZMRECSÁNYI, Tamás (Org.). *Keynes: economia*. São Paulo: Ática, 1983.
- LAJUGIE, Joseph. *As doutrinas econômicas*. São Paulo: Difel, 1981.
- LOPÉZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco. *La Configuración Jurídica del Principio de Autoridad*. Madrid: Civitas, 1993.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. La Constitución en la Encrucijada (palingenesia iuris politici). *Revista Pensamiento Constitucional*, ano IV, n. 4.
- MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Editorial Caminho, 1987.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- NUNES, António José Avelãs. *Uma volta ao mundo das ideias econômicas – será a economia uma ciência?* Coimbra: Almedina, 2008.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – O Controle da Concentração de Empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- NUSDEO, Fabio. *Da política econômica ao direito econômico*. 1977. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1977.
- NUSDEO, Fábio. *Fundamentos Para Uma Codificação Do Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento republicano e liberdade igual*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade civil do Estado intervencionista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SCHMITT, Carl. *Legalidade y Legitimidad*. Granada: Ed. Comares, 2006.
- SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- STRAYER, Joseph R. *As origens medievais do Estado Moderno*. Lisboa: Gradiva, 1986.
- STRECK, Lênio; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TIGAR, Michael E.; LEVY, Madeleine R. *O Direito e a ascensão do capitalismo*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.
- ZAVASCKI, Teori. Financiamento empresarial de partidos políticos: a questão constitucional. In: NORONHA, João Otávio de; KIM, Richard Pae (Coord.). *Sistema político e direito eleitoral brasileiros – Estudos em homenagem ao Ministro Dias Toffoli*. São Paulo: Atlas, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCAFF, Fernando Facury. A ilusão do livre mercado. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFD FE*, Belo Horizonte, ano 10, n. 18, p. 133-155, set. 2020/fev. 2021.
