

DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO-SOCIAL: O DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE À PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

FROM THE LIBERAL STATE TO THE DEMOCRATIC-SOCIAL STATE: THE LAW ECONOMIC PENALTY AS A CONDITION OF POSSIBILITY FOR THE PROTECTION OF THE CONSTITUTIONAL ECONOMIC ORDER

Bruno Cozza Saraiva¹ 

¹Università degli Studi Mediterranea di Reggio Calabria, Reggio Calabria, Itália. Doutor em Direito Público. E-mail: cozzaadvocacia@gmail.com

Resumo: O presente texto tem como finalidade responder ao seguinte problema: o Direito Penal Econômico, no que se refere ao modo pelo qual o constituinte brasileiro escolheu para a realização da existência digna, é condição de possibilidade à proteção e ao desenvolvimento-concretização da Ordem Econômica Constitucional consubstanciada na Constituição da República Federativa do Brasil? Em consequência disso, para esta finalidade, se elencou quatro objetivos: a) demonstrar que, o abuso do poder econômico, dominando ou eliminando, total ou parcialmente a concorrência, mediante qualquer forma de ajuste, ou acordo entre empresas, condicionado pela Administração Pública, compromete a livre concorrência; b) verificar se, a proteção capitaneada pelo Direito Penal Econômico, no que condiz ao domínio do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, é garante do Princípio Constitucional da Igualdade (artigo 5º, caput, inciso I, da Constituição Federal de 1988); c) analisar se, o Estado-Administração Pública, em decorrência dos atuais acontecimentos relativos à corrupção em âmbito nacional, mais especificamente no que tange à formação de cartel, pode ser caracterizado como violador da livre concorrência ou da sua própria Ordem Econômica Constitucional e d) compreender se, o Estado Democrático de Direito brasileiro, enquanto Estado Social, pode ser, de maneira geral, considerado como bem jurídico e, com isso, passível de ser protegido pelo Direito Penal Econômico. Logo, este estudo justifica-se pelo atual – e histórico – cenário verificado no Brasil, qual seja, o cenário relativo à ocorrência reiterada de crimes contra a ordem econômica, de modo a se concluir que a Ordem Econômica Constitucional necessita de proteção. Para atender aos objetivos traçados, serão utilizados os métodos de procedimento histórico e monográfico, aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta, bibliográfica, tratando-se de uma investigação qualitativa.

DOI: <http://dx.doi.org/10.20912/rdc.v16i38.271>

Recebido em: 29.10.2020

Aceito em: 17.03.2021



Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional.

Palavras-chave: Estado do Bem-Estar Social; Ordem Econômica Constitucional; Objetivos Fundamentais da República; Direito Penal Econômico.

Abstract: The purpose of this text is to answer the following problem: Economic Criminal Law, with regard to the way in which the Brazilian constituent chose to achieve a dignified existence, is a condition of possibility for the protection and development-concretization of the Constitutional Economic Order embodied in the Constitution of the Federative Republic of Brazil? As a result, for this purpose, four objectives were listed: a) to demonstrate that, the abuse of economic power, dominating or eliminating, totally or partially, competition, through any form of adjustment, or agreement between companies, conditioned by the Public Administration, compromises free competition; b) verify that the protection provided by the Economic Criminal Law, in terms of market dominance, the elimination of competition and the arbitrary increase of profits, guarantees the Constitutional Principle of Equality (article 5, caput, item I, of the Constitution 1988); c) to analyze whether, as a result of current events related to corruption at the national level, more specifically with regard to the formation of a cartel, the State-Public Administration can be characterized as violating free competition or its own Constitutional Economic Order; to understand whether the Democratic State of Brazilian Law, as a Social State, can, in general, be considered as a legal asset and, with that, liable to be protected by Economic Criminal Law. Therefore, this study is justified by the current - and historical - scenario verified in Brazil, that is, the scenario related to the repeated occurrence of crimes against the economic order, in order to conclude that the Constitutional Economic Order needs protection. To meet the objectives set, the methods of historical and monographic procedure will be used, together with the technique of research by indirect, bibliographic documentation, in the case of a qualitative investigation.

Keywords: State of Social Welfare; Constitutional Economic Order; Fundamental Objectives of the Republic; Direito Penal Econômico.

1 Introdução

A discussão acerca do Estado, tanto histórica quanto contemporânea, seja através de dilemas-transformações-adjetivações ou, até mesmo, da territorialização do poder, apresenta-se, em todos os tempos, de fundamental importância para a compreensão das relações políticas e jurídicas, bem como econômicas que envolvem um determinado, temporalmente falando, território.

É por isso que, a temática escolhida para este trabalho, se refere, a partir das violações-crimes contra a Ordem Econômica Constitucional, à probabilidade de, no atual cenário nacional,

o Direito Penal Econômico mostrar-se como condição de possibilidade à proteção do Princípio Constitucional da Livre Concorrência.

Para isso, ou seja, para o desenvolvimento desta temática, torna-se necessário demonstrar que a delimitação da mesma se relaciona, fundamentalmente, com o Estado do Bem-Estar Social, consubstanciado pela Constituição da República Federativa do Brasil, que, a partir de 1988, apostou, para a realização da justiça social, em uma ordem econômica e social.

Assim, para abarcar esta complexidade e, da mesma forma, delinear a importância do Direito Penal Econômico para a realização, mesmo que indiretamente, deste pressuposto (justiça social), verificar-se-á a indispensabilidade desta proteção, capitaneada por este outro, não mais liberal, Direito Penal, considerando-se que do momento em que se percebe a cartelização-domínio da economia-mercado e, conseqüentemente, a inviabilização do Princípio Constitucional da Livre Concorrência, surge a necessidade de se proteger a concorrência e, principalmente, o Estado do Bem-Estar Social.

Em consequência disso, o problema que estruturará este texto se expressa através do seguinte questionamento: o Direito Penal Econômico, no que se refere ao modo pelo qual o constituinte – povo – brasileiro escolheu para a realização da existência digna, é condição de possibilidade à proteção e ao desenvolvimento-concretização da Ordem Econômica Constitucional estruturada na, e pela, Constituição da República Federativa do Brasil?

Com isso, em um primeiro momento, como objetivo geral, se buscará demonstrar que o abuso do poder econômico, dominando ou eliminando total ou parcialmente a concorrência, mediante qualquer forma de ajuste, ou acordo entre empresas, condicionado pela Administração Pública, compromete a realização dos Objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil e a livre concorrência, esta última enquanto pressuposto econômico-constitucional de um Estado que se pretende Social-prestacional.

Ademais, neste contexto e para a finalidade estabelecida, como objetivos específicos foram propostos os seguintes: a) verificar se, a proteção capitaneada pelo Direito Penal Econômico, no que condiz ao domínio de mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, é garante do Princípio Constitucional da Igualdade (artigo 5º, *caput*, inciso I, da Constituição Federal de 1988); b) analisar se, o Estado-Administração Pública, em decorrência dos atuais acontecimentos relativos à corrupção em âmbito nacional, mais especificamente no que diz respeito à formação de cartel, pode ser caracterizado como violador da livre concorrência ou, melhor, da sua própria Ordem Econômica Constitucional; c) compreender se, o Estado Democrático de Direito brasileiro, enquanto Estado Social, pode ser, de maneira geral, considerado como bem jurídico e, com isso, passível de proteção do Direito Penal Econômico.

Por fim, a presente pesquisa justifica-se, sobretudo, pelo atual – e histórico – cenário verificado no Brasil, qual seja, o cenário relativo à ocorrência reiterada de crimes contra a ordem econômica. Dessa forma, por meio do desencadeamento e, por assim dizer, do desenvolvimento da Operação Lava-jato e do conseqüente desvelamento de inúmeros esquemas de corrupção que atentaram e ainda atentam contra a Ordem Econômica Constitucional brasileira, se percebeu, ao fim e ao cabo, a cartelização da economia nacional, uma vez que esta prática, tipificada no artigo 4º, *caput*, incisos I e II, da Lei 8.137 de 1990, viola o Princípio Constitucional da Livre Concorrência.

Dessa maneira, para a realização da análise acima mencionada, na primeira parte deste estudo discorrer-se-á acerca de três concepções: o Estado Democrático de Direito enquanto Estado do Bem-Estar Social: dos dilemas às promessas; a relação entre capitalismo de mercado e Ordem Econômica Constitucional intervencionista-social: o cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República; e a possibilidade de se garantir o Princípio da Livre Concorrência ante a cartelização da economia.

Na segunda e última parte, discutir-se-á acerca de três assertivas: do Direito Penal Liberal ao Direito Penal Econômico e da possibilidade de se proteger a Ordem Econômica Constitucional; se o Estado Democrático de Direito, enquanto Estado Social, pode ser considerado como bem jurídico passível de proteção pelo Direito Penal Econômico; e sobre o Direito Penal Econômico e o Princípio Constitucional da Isonomia: de como a igualdade entre os atores econômicos é condição à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil.

No intuito de se atender aos objetivos acima apresentados, serão utilizados os métodos de procedimento histórico (uma vez que consiste na investigação dos acontecimentos, processos e instituições do passado, com o intuito de verificar a sua influência na sociedade contemporânea) e monográfico (trata-se de um tema específico e bem delimitado), aliados à técnica de pesquisa por documentação indireta, bibliográfica, tratando-se de uma investigação qualitativa.

2 O Estado Democrático de Direito enquanto Estado do Bem-Estar Social: dos dilemas às promessas

O Estado Moderno, isto é, o Projeto Liberal de Estado, adotado como marco temporal para este estudo, juntamente com as suas especificidades, caracterizou-se como produto de uma burguesia não mais interessada em possuir apenas o poder econômico, mas sim em “[...] tomar para si o poder político, até então privilégio da aristocracia, legitimando-se como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo [...]”¹. Para a construção e definição desta estrutura chamada Estado, especificamente no que se refere a sua versão Liberal, vinculada, substancialmente, ao liberalismo político e também econômico, torna-se necessário apresentar, de acordo com Roy Macridis², os núcleos que assentaram e, ao mesmo tempo, sustentaram as bases para a consolidação histórica, entre passado e futuro, desta instituição política, jurídica e econômica. Por isso, em razão deste protagonismo estrutural, desempenhado pelos três núcleos do liberalismo, quais sejam, o moral, o político e o econômico, apontar cada um deles é condição de possibilidade para a compreensão desta adjetivação – Liberal – e de seus respectivos dilemas.

1 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 51.

2 Há três elementos no liberalismo. O primeiro é o moral, o segundo é o político e o terceiro é o econômico. O núcleo moral contém uma afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à “natureza” de um ser humano – liberdade, dignidade e vida – que subordina tudo mais a sua implementação. O núcleo político inclui sobretudo os direitos políticos – o direito ao voto, de participar, de decidir que tipo de governo eleger e que espécie de política seguir. Ele está associado à democracia representativa. O núcleo econômico se relaciona aos direitos econômicos e de propriedade. É ainda conhecido como “individualismo econômico” ou “sistema de livre empresa” ou “capitalismo” [...]. MACRIDIS, Roy. *Ideologias políticas contemporâneas: movimentos e regimes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 38.

Assentadas as bases para a consolidação do Estado Liberal e, por assim dizer, para o Estado e para as suas transformações, os núcleos do liberalismo, é dizer, o núcleo moral (liberdade pessoal e social), o núcleo econômico e o núcleo político (consentimento individual, representação, constitucionalismo e soberania popular), contribuíram e ainda contribuem para a consolidação do Estado, seja ele na vertente Liberal e Social, seja, também, na Democrática. Do Estado Liberal ao Estado Social, utilizando-se da denominação de Paulo Bonavides³, “a passagem da fórmula liberal do Estado Mínimo para o Estado Social, em sentido amplo, importou na transformação do perfil do modelo adotado pelo liberalismo clássico, onde, como visto acima, à autoridade pública incumbia-se [...]”⁴, especialmente, a manutenção da paz e da segurança.

Com o aumento da interferência estatal, decorrente das novas reivindicações sociais, diferentemente daquelas – dilemas – do Estado Liberal, ao invés de continuar zelando pelo binômio liberdade-igualdade, esta última unicamente na vertente formal, o Estado passou a agir para “[...] manter os desamparados; oficinas públicas eram mantidas para resolver o desemprego, legislação sobre o trabalho de menores, regulação da jornada de trabalho, leis relativas à segurança no trabalho, etc⁵”. Todavia, para garantir a manutenção e a efetivação destas propostas de cunho estritamente social, o Estado, na sua adjetivação Social, passou a atuar como protagonista econômico, de modo a, diferentemente de como ocorrerá no Estado Liberal, atuar – diretamente – na ordem econômica, com vistas a regular o mercado, na saúde, na educação e na segurança. Dito de outra forma, no Estado Social, a atuação negativa do Estado Liberal, fora substituída pela atuação-prestação positiva.

Em razão disso ou, como fator performativo de toda esta – nova – estrutura estatal, a justiça social, conceito signifiante do político e do jurídico, procurou responder-minimizar, através do controle econômico realizado pelo Estado, os dilemas ou, melhor, às reivindicações sociais. A ampliação destas reivindicações, capitaneada por novos atores, isto é, por partidos políticos, em face do Estado e, por assim dizer, amparadas por um movimento constitucional, mesmo que incipiente, a partir do início do século XX, seja com a Constituição Mexicana de 1917, seja, também, com a de Weimar de 1919, promoveu uma mutação nos papéis do Estado. A Revolução Industrial, a Primeira Guerra Mundial, a Crise Econômica de 1929 assim como também a Segunda Guerra Mundial, cada uma a sua maneira, proporcionaram modificações, em suas respectivas épocas, no contexto político, econômico, jurídico e social, acarretando, com isso, modificações no seio do Estado.

Adotando-se, portanto, a ordem cronológica traçada por Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes, na obra “*Ciência Política & Teoria do Estado*”, no que compete às influências que oportunizaram o desenvolvimento-transformação do e para o Estado Social, se pode dizer

3 Vimos um Estado liberal que fundou a concepção moderna da liberdade e assentou o primado da personalidade humana, em bases individualistas. Vimos seu esquema de contenção do Estado, que inspirou a ideia dos direitos fundamentais e da divisão de poderes. Vimos, do mesmo passo, as doutrinas que reinterpretam a liberdade, abrindo caminho para o Estado social. Chegamos, em suma, à conclusão de que este supera definitivamente o antigo Estado liberal e, segundo a tese que sustentamos, tanto se compadece com o totalitarismo como, também, com a democracia. Estado Social significa intervencionismo, patronagem, paternalismo. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 202-203.

4 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 63.

5 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 65.

que, em um primeiro momento, a Revolução Industrial, juntamente com os dilemas por ela produzidos, já que ocorrera um massivo deslocamento de trabalhadores do campo para as cidades, produziu uma consequente proletarização das cidades. Dessa forma, o produto desta proletarização, é dizer, o surgimento de novos dilemas-demandas sociais, exigiu que o Estado, por meio de prestações positivas, fosse compelido pelas reivindicações conclamadas por uma nova classe social, qual seja, a proletária, de modo que a saúde, a moradia e a educação, apontando-se apenas estas, passaram a conformar a esfera de atuação estatal.

Nesta mesma lógica, com o advento da Primeira Guerra Mundial o Estado, ao se consolidar como agente econômico, passou a apropriar-se do “[...] controle integral e coativo da vida econômica, também como reflexo da emergência da Revolução Russa, da Constituição de Weimar (1919) e do constitucionalismo social iniciado pela Constituição mexicana de 1917”, de modo a se verificar, a partir deste contexto, a passagem do modelo Liberal ao Social. Por outras palavras, a potencialização dos nacionalismos e, fundamentalmente, do crescimento do Estado no que condiz às prestações-garantias sociais, decorrentes de uma concorrência entre os mesmos, tanto na primeira grande guerra quanto no período entre guerras, conduziram à afirmação-consolidação da vertente social.

Ainda assim, como acontecimento histórico e de imprescindível relevância à transformação do papel do Estado, a Crise Econômica de 1929 conduziu a economia a um modelo interventivo, “[...] onde se reconciliam os dois maiores fatores de estabilidade econômica: a iniciativa privada e a ação governamental, em que engendram a política social de Roosevelt e o New Deal americanos, uma intensa política de nacionalizações [...]”⁷, cuja estratégia principal, voltada à geração de trabalho, buscou reestruturar a economia, atrelando-a, com maior evidência, às ingerências do Estado promotor do bem-estar. Cabe ressaltar, contudo, que a ingerência do Estado sobre a economia ou, melhor dizendo, que a intervenção estatal não conduziu à socialização do Estado e da sociedade, possibilitando, somente, a mitigação dos conflitos-dilemas surgidos em decorrência do liberalismo clássico, modelo econômico característico do Estado Liberal.

Do mesmo modo, ressaltando-se as diversas peculiaridades acerca dos mais variados cenários, a Segunda Guerra Mundial exigiu do Estado e da sua estrutura política, jurídica e social modificações no que diz respeito à proteção da economia, conduzindo, a partir disso, a um nacionalismo não somente econômico, mas sim político e jurídico, nacionalismo este atrelado aos limites do território. Com isso, estabelecida as bases para o Estado do pós-Segunda Guerra Mundial, a opção – circunstancial – pelo social, pretendeu “[...] a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do welfare state neocapitalista [...]”⁸. Esta união do capitalismo com a promoção da justiça social, como resposta aos dilemas produzidos pela Revolução Industrial, pela Primeira Guerra Mundial, pela Segunda Guerra Mundial e, principalmente, pelo modelo liberal clássico de Estado, deu causa, definitivamente, à

6 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 70.

7 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 70.

8 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 96.

consolidação do Estado Social de Direito, sem, no entanto, solucionar os dilemas que motivaram a sua construção-desenvolvimento.

Entretanto, diante da incumbência de corresponder ao núcleo performativo do Estado Social, qual seja, a “questão social”⁹, as verticalizações das decisões política, jurídica e econômica, algumas delas correspondentes aos regimes que eclodiram no período entre guerras, o nazismo e o fascismo e, no pós-guerra, o comunismo e seus desdobramentos, produziram, umas mais outras menos, um outro dilema. O dilema democrático, ou seja, parafraseando-se Jose Luis Bolzan de Moraes, a “questão democrática”¹⁰, suscitou, neste período histórico – do pós-guerra em diante – outras, e mais acentuadas, transformações. “É, por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde”¹¹ deve estar presente, além de todas as garantias jurídicas e sociais, uma abertura à participação democrática, via Estado, e uma certa horizontalidade nas relações deste com as pessoas.

Apesar de tudo o que já fora apresentado acerca do Estado¹² e, conseqüentemente, das suas transformações-adjetivações, sejam elas Liberais, Sociais e, para este estudo, Democráticas, em razão dos acontecimentos recentes que, por assim dizer, marcaram e inviabilizaram, sobremaneira, a estrutura econômica da República Federativa do Brasil, a discussão sobre o Estado, especificamente no caso brasileiro, assim como sobre a sua Ordem Econômica Constitucional, apresenta-se, ainda com maior relevância, como condição de possibilidade à compreensão dos efeitos da corrupção. Pois esta, enquanto fenômeno econômico-social e sistêmico, juntamente com o contraste capitaneado pelos seus efeitos em face dos Objetivos Fundamentais da República, delineados no Artigo 3º da Carta Federal de 1988, e das promessas advindas de um modelo político, jurídico, econômico e social de Constituição, constitui e intensifica a crise condizente a não realização-concretização do projeto constitucional pátrio.

Por isso, a opção realizada pelo legislador constituinte originário, de alçar a Constituição à norma fundamental de garantia e, no mesmo sentido, como norma diretiva fundamental do Estado, não representou, fundamentalmente, uma mera ordenação burocrático-administrativa das estruturas públicas. Dito de outra forma, a Constituição Federal de 1988, ao insculpir – normativamente – um Estado Social-Democrático de Direito, aos moldes do constitucionalismo resultante do segundo pós-guerra e diferente de todas as outras Constituições nacionais, buscou realizar, a partir de uma ordem econômica capitalista e, sobretudo, dos princípios dirigentes desta ordem, um projeto socioeconômico de sociedade, isto é, uma República condicionada à valores – promessas – sociais efetiváveis por um sistema econômico-capitalista.

9 Assim, ao Direito antepõe-se um conteúdo social. Sem renegar as conquistas e os valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 96.

10 Desnecessário dizer que a conceituação de democracia é uma tarefa quase impossível, mormente porque o termo “democracia”, com o passar do tempo, foi transformado em um estereótipo, contaminado por uma anemia significativa (Warat). Daí que parece acertado dizer que a razão está com Claude Lefort, para quem a democracia é uma constante invenção, isto é, deve ser inventada cotidianamente. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 109.

11 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 97.

12 El Estado, en primer lugar, forma parte del mundo de los hechos, y por consiguiente, está encajado dentro del mundo de lo real en el sentido objetivo, esto es, que tiene existencia fuera de nosotros; es una variedad de hechos que se desenvuelven en el tiempo y en el espacio [...]. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: FCE, 2000, p. 159.

Assim, após esta breve introdução acerca da temática que será desenvolvida nesta primeira parte, o Estado Democrático de Direito enquanto Estado de bem-estar social: dos dilemas às promessas, passar-se-á, de imediato, a análise dos fatores, e das principais características, que condicionaram a formação, pós-1988, do Estado Democrático no Brasil. Todavia, em um primeiro momento, torna-se fundamental advertir, ao se compreender o Estado brasileiro como consequência lógica de um Constitucionalismo de matriz democrática, que, à semelhança da Europa, sendo esta marcada também por regimes totalitários, este modelo constitucional, capitaneado pela Constituição de 1988, que fora condição de possibilidade à abertura, pós-regime militar, para a vida-linguagem democrática, pertence “[...] al <<tipo histórico>> del siglo XX [...]”¹³, uma vez que representa, ao fim e ao cabo, “[...] una fase nueva y distinta en la historia compleja y articulada del constitucionalismo [...]”¹⁴ pátrio, de modo a divergir, em essência, dos modelos constitucionais e estatais que consubstanciaram, de 1824 a 1988, a história política e jurídica nacional.

Como visto acima, apesar de ser influenciado pelo Constitucionalismo do segundo pós-Guerra, bem como pelas características intrínsecas a determinadas Constituições deste período histórico, o Constitucionalismo de 1988, seja em razão da proposição a uma abertura democrática, seja, também, em razão, ainda mais evidente, dos dilemas sociais que desafiam os preceitos condizentes à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, buscou edificar, além de um Estado Democrático, um Estado do Bem-Estar social¹⁵. Isto porque, ao contrário do que sucedera durante o lapso temporal da Constituição Imperial até a promulgação da Constituição de 1988, “o que irá diferenciar substancialmente o modelo do Estado interventivo contemporâneo à forma de Estado do Bem-Estar dos Estados assistenciais anteriores é o fato de a regulação não significar a troca das garantias pela liberdade pessoal¹⁶”.

Neste sentido, a opção realizada pelo Poder Constituinte Originário¹⁷, de promulgar um Estado Social nas vestes de um Estado Democrático, equilibrando, constitucionalmente, a liberdade e a igualdade material, trouxe, para uma realidade construída entre continuidades e discontinuidades ou, como se queira, para um cenário de modernidade tardia¹⁸, implicações

13 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 122.

14 FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2016, p. 122.

15 A consequência geral que advém desse processo até agora delineado se concretiza no *Welfare State*, na nomenclatura americana. A regulamentação, em especial a da denominada genericamente questão social, envolvendo os temas mediatos e imediatamente relacionados ao processo produtivo (relações de trabalho, previdência, saneamento, saúde, educação etc.) delineiam os traços característicos do Estado do Bem-Estar, ou seja, seu papel interventivo promocional. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 78.

16 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 78.

17 O preâmbulo da Constituição brasileira (CB) de 1988 foi promulgado juntamente com o documento integral pelos ‘representantes do povo brasileiro’, ‘para instituir um Estado Democrático’. No Título I, Art. 1.º constitui-se a República Federativa do Brasil como ‘Estado Democrático de Direito, no qual “[t]odo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (CB Art. 1.º, parágrafo único). MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 45.

18 A discussão acerca do constitucionalismo contemporâneo é tarefa que se impõe. O constitucionalismo não morreu! As noções de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissória, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil, onde as promessas da modernidade, contempladas no texto constitucional de 1988, longe estão de ser efetivas. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*.

condizentes com a redução dos dilemas sociais-existenciais através da efetivação das promessas sócio-econômicas positivadas no Texto Constitucional. Com isso, na tentativa de realizar este equilíbrio – liberdade e igualdade –, se estabeleceu o que se pode denominar de um outro Contrato¹⁹-Função Social, o qual firmou – normativamente – um “[...] compromisso com o bem comum e com a dignidade do ser humano, consolidando-se, concretamente, conforme as condições (ex)postas em cada Sociedade e Estado e, tendo como conteúdo finalístico, a ideia de justiça social [...]”²⁰.

Contudo, ao se pensar na estrutura deste trabalho, se pensou, antes de tudo, em evitar a realização de discussões meramente dogmáticas-procedimentais-conceituais acerca do Estado e da Constituição, pois nesta primeira parte, por exemplo, edificada, fundamentalmente, a partir de um panorama geral-funcional sobre o Estado – democrático – brasileiro bem como também sobre a sua Constituição, procurar-se-á demonstrar a conexão entre ambos e, sobretudo, demonstrar o ideário de transformação social, através do direito, evidenciado, terminologicamente falando, por meio daquilo que J.J. Gomes Canotilho denominou de “Constitucionalismo Dirigente²¹”. Talvez, justamente por isso, o Estado Democrático no Brasil, enquanto Estado do Bem-Estar Social, deverá levar em consideração, além da programaticidade consubstanciada na sua “Constituição Dirigente”, ou, dito de outra forma, compromissória, os seguintes pressupostos referentes à Constituição: a de que “[...] a constituição é um *conjunto de regras jurídicas* (normas e princípios) codificadas num *texto* (documento) ou cristalizadas em *costumes* e que são consideradas *proeminentes (paramount law)* relativamente às outras regras jurídicas²²” e, ainda assim, “[...] que a constituição é um conjunto de regras jurídicas de valor proeminente porque estas são portadoras de determinados conteúdos aos quais é atribuído numa comunidade *um valor específico superior*²³”.

Com isso, estes valores superiores que, democraticamente, foram traduzidos em normas-princípios, no caso brasileiro, objeto do presente estudo, podem ser verificados na Constituição Federal de 1988, seja em determinadas normas, seja, também, por meio da principiologia

São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 29.

- 19 [...] Se estabeleceu, segundo Bobbio, um novo contrato social, que nomina de socialismo liberal, no qual, partindo-se da mesma concepção individualista da sociedade e adotando os mesmos instrumentos liberais, se incluem princípios de justiça distributiva, onde o governo das leis – em contraposição ao governo dos homens – busque a implementação da democracia com um caráter igualitário. STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 79-80.
- 20 STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 80.
- 21 Como se vê, a **constituição normativa**, para se qualificar como um conceito de *dever ser*, ou, por outras palavras, para ser qualificada como conceito de valor, não se basta com um conjunto de regras jurídicas formalmente superiores; estas regras têm de transportar ‘momentos axiológicos’ corporizados em normas e princípios dotados de bondade material (garantia de direitos e liberdades, separação de poderes, controlo do poder, governo representativo). É através desta ‘mais-valia’ ou desta ‘bondade’ material que se distinguem as constituições verdadeiramente normativas das **constituições semânticas** (‘constituição de fachada’). Não é pelo fato de existir um documento designado constituição que temos uma constituição. Esta existe, sim, quando o documento contém regras jurídicas materialmente consideradas como ‘boas’, ‘valiosas’ ou “intrinsecamente legítimas”. É para salientar esta dimensão valorativa ou axiológica que certos autores recorrem a conceitos como os de ‘constituição ocidental (Rogério Soares)’ ou ‘constituição da liberdade’ (Matteuci). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1130-1131.
- 22 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1130-1131.
- 23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1131.

espraiada no texto. Dessa maneira, o Estado brasileiro, ao ser ordenado (pela) e, ao mesmo tempo, ordenar a efetivação de uma República Federativa, cujos fundamentos, entre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, conforme Artigo 1º da Carta Federal de 1988, conflui, a partir de uma imperatividade estatal-constitucional integrativa, para a realização dos Objetivos Fundamentais (Art. 3º), dos Direitos e Deveres Individuais e Garantias Fundamentais (Art. 5º) e, sobretudo, para a realização dos Direitos Sociais (Art. 6º). Ademais, para a efetivação destes valores, é dizer, para construção de uma sociedade capitaneada pela promoção da justiça social, via Constituição, a delimitação de uma ordem econômica constitucional capitalista, como garantia à existência digna e com vistas ao desenvolvimento nacional, apresentar-se-ia como condição de possibilidade para um Estado Democrático que se pretende Social.

O que se quer dizer com isso é que, para o cumprimento destas promessas, tornar-se-ia necessária a criação de um instrumento, também constitucional, que viabilizasse, política e normativamente, a efetivação – eliminando ou reduzindo os dilemas – de todo o arcabouço social inserido na Constituição de 1988. Deste instrumento, que é a Ordem Econômica Constitucional, pois “[...] as promessas constitucionais ora aparecem cunhadas em fórmulas vagas, abstratas e genéricas, ora remetem a concretização do preceito contido na norma ou na cláusula a uma legislação complementar e ordinária²⁴”, é que dependerá, através do desenvolvimento nacional e da socialização dos resultados advindos de um modelo econômico capitalista, a realização-cumprimento das promessas constituídas. Delimitada, assim, a Ordem Econômica Constitucional, recairá, sobre ela, não somente a realização dos pressupostos sociais positivados no Texto Fundamental, mas sim, levando-se em consideração a propriedade privada, a livre concorrência e a redução das desigualdades regionais e sociais, a realização fática do Estado do Bem-Estar Social.

Portanto, em decorrência da análise estatal-constitucional proposta, somente haverá Estado Democrático de Direito, enquanto Estado do Bem-Estar Social, se a ordenação do núcleo sócio-econômico da Constituição (se a ordenação dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, verificados a partir do Artigo 170 da Constituição Federal de 1988) estiver em condições de concretizar, principalmente por meio da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a existência digna como corolário da justiça social. É neste sentido que a estatalidade social brasileira, “[...] um conceito ministrado pelo direito das Constituições alemãs de Weimar e Bonn e sobretudo tecnicamente aperfeiçoado por esta última com mais rigor e transparência, aparece como dado inafastável e importantíssimo²⁵” verificado – como norma – na Constituição da República Federativa do Brasil²⁶.

24 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 395.

25 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 394.

26 O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade. Recompô-lo em nossos dias, temperá-lo com os ingredientes da socialização moderada, é fazê-lo não apenas jurídico, na forma, mas econômico e social, para que seja efetivamente um liberalismo que contenha a identidade do Direito com a Justiça. BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 62.

2.1 Entre o capitalismo de mercado e a Ordem Econômica Constitucional intervencionista-social: o cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República

Antes de tudo, entusiasmando-se, cada vez mais, à promoção científica do direito, ao invés, evidentemente, da promoção ideológica através do direito, ao se iniciar a discussão acima denominada, torna-se imprescindível esclarecer, em razão do que já fora exposto acerca do Estado Social e da sua umbilical relação – dependência – com uma ordem econômica constitucional (econômica capitalista), que, em momento algum, pretender-se-á confundir Estado do Bem-Estar Social com Estado Populista, uma vez que “i populisti affermano di essere i protettori dell’interesse del cittadino médio contro le elites: assecondano le paure e gli entusiasmi del popolo e si fanno promotori di politiche senza considerarne le conseguenze per il Paese²⁷”. Com isso, realizada esta importante ressalva, que encaminha a discussão à busca da realização-concretização das normas-princípios constitucionais da Constituição de 1988, passar-se-á à análise da temática anteriormente proposta.

Dessa forma, quando se fala em capitalismo de mercado e em ordem econômica constitucional no que diz respeito, especificamente, a um modelo democrático e social de Estado, questiona-se, sobretudo, a possibilidade do cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República, adotando-se, como referência para este cumprimento, o binômio, tão caro à manutenção da estrutura de qualquer Estado, liberdade e igualdade. Neste sentido, a partir destas duas premissas, da liberdade e da igualdade, o dirigismo estatal, social e econômico deverá externalizar o conceito constitucional de justiça social. Todavia, o cenário brasileiro, ainda em desenvolvimento, seja em decorrência da corrupção – sistêmica – da política, seja, também, em razão do desenvolvimento econômico estar atrelado ao financiamento público-estatal capitaneado por um sistema político – de poder – corrupto, apresenta, fundamentalmente, uma engrenagem desvinculada do daquela consubstanciada na Constituição Republicana de 1988.

Assim, além da dificuldade natural relativa à efetivação de qualquer projeto constitucional, já que se trata de um processo histórico, cultural e social, a peculiaridade que também assola o Brasil, não no que se refere à inexistência de direitos fundamentais-sociais, mas sim no que se refere às raízes patrimonialistas e estamentais, diz respeito ao fato de que a não efetivação do Projeto Constitucional de 1988 não decorre da escassez de capital e da precariedade de uma ordem econômica constitucional destinada a promover um desenvolvimento econômico com vistas à concretização da justiça social. Dito de outra forma, a não materialização da Constituição Federal brasileira mediante a não realização dos direitos fundamentais-sociais pode ser atribuída, em grande parte, à destinação dada aos resultados obtidos através das atividades econômicas.

No entanto, não se quer dizer “[...] que a corrupção seja o único problema do Brasil ou a causa de todos os males, mas sem dúvida é uma questão fundamental, que, aliás, foi considerada o maior problema do mundo em 2013, numa pesquisa da WIN/Gallup Internacional que ouviu cerca de 67 mil pessoas em 65 países²⁸”. Com isso, após a realização desta breve introdução acerca do tema que será analisado pormenorizadamente, demonstrar-se-á, no intuito de verificar as engrenagens deste sistema jurídico e econômico, a inter-relação – constitucional – entre capitalismo-ordem econômica e Objetivos Fundamentais da República. Em um primeiro

27 BOERI, Tito. *Populismo e Stato Sociale*. Roma: Editori Laterza, 2017, p. 03.

28 DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 41.

momento, torna-se fundamental, para que seja possível compreender os ideais-intenções que edificaram a Constituição Federal de 1988 e que, da mesma maneira, acabaram solidificando o Estado Democrático-Social de Direito, traçar um ponto de partida.

Este ponto de partida nada mais é do que o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil. Ao anunciar a instituição de um Estado Democrático de Direito, objetivando a realização dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos, todos eles retratados como Objetivos Fundamentais da República, o projeto político e jurídico brasileiro (Constituição) não poderia se descuidar, ao mesmo tempo, de garantir, também constitucionalmente, a concretização destes valores-objetivos. Neste contexto, como garante de todo um projeto social via Constituição, se encontra a Ordem Econômica Constitucional, sob a égide dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, delineada no artigo 170 da Carta Federal de 1988. Com isso, o entrelaçamento da igualdade com a liberdade, isto é, dos objetivos que fundam a República com a liberdade econômica para efetivar estes objetivos, justifica a importância tanto do fator social quanto do fator econômico-capitalista para a realização do modelo de Estado anunciado no preâmbulo constitucional.

Nestas circunstâncias, de busca pela realização-efetivação de um projeto de sociedade, que condicionou, a partir, principalmente, das Constituições do Segundo pós-Guerra, a liberdade ao social e o social à liberdade, ou seja, que consubstanciou o modelo econômico capitalista como instrumento de transformação social, o Estado do Bem-Estar Social no Brasil, fundado pela Carta Magna contemporânea, se constituiu em “[...] uma *autorização constitucional* no sentido de o legislador democrático e os outros órgãos encarregados da concretização político-constitucional adotarem as medidas necessárias para a evolução da ordem constitucional sob a óptica de uma <<justiça constitucional>> nas vestes de uma <<justiça social>>²⁹”. Assim, em decorrência desta conformação dada, através de um instrumento normativo-imperativo, ao Estado, se pode dizer que há um direito-garantia, cujo destinatário é a sociedade brasileira, ao Estado do Bem-Estar Social fundado pela da Constituição Republicana de 1988.

No que se refere aos ideais do bem-estar social, a Constituição brasileira, no seu artigo 3º, procurou, de maneira não taxativa, apontar diretrizes – objetivos fundamentais – para o desenvolvimento-concretização do projeto estatal-constitucional de sociedade. Por isso, pós-88, todo o aparato estatal, independentemente de governo, deveria estar direcionado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como à garantia do desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização através da redução das desigualdades sociais e regionais, de modo a promover o bem de todos. Para a realização destes desígnios, a concepção de “democracia econômica e social³⁰”, trabalhada pelo professor J.J. Gomes Canotilho, determinou que o Estado, contemporaneamente condicionado pela Constituição, passasse a se apresentar

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 338.

30 O princípio da democracia econômica, social e cultural é, porém, uma *imposição* constitucional conducente à adoção de medidas existenciais para os indivíduos e grupos que, em virtude de condicionalismos particulares ou de condições sociais, encontram dificuldades no desenvolvimento da personalidade em termos econômicos, sociais e culturais (ex.: rendimento mínimo garantido, subsídio de desemprego). A actividade social do Estado é, assim, actividade necessária e objectivamente pública. Estado é aqui entendido em sentido amplo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 342.

como garante “[...] no âmbito de direitos sociais. Isto não significa que tenha sido eliminado o *princípio da auto-responsabilidade* ou se negue a bondade de fórmulas dinâmicas da sociedade civil socialmente comprometidas: cada um tem, em princípio, capacidade para obter um grau de existência digno³¹”.

Entretanto, a delimitação – não taxativa – de justiça social, verificada no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, necessitaria de uma finalidade operativa, uma vez que a realização desta finalidade, que é a existência digna, estaria vinculada ao desenvolvimento econômico, seja pelo Estado, como ator econômico (direto e indireto), seja, também, pela iniciativa privada, gerando emprego, renda e arrecadação. Nestes termos, a justiça social, consubstanciada na realização da existência digna, estaria condicionada aos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Dessa forma, o Título VII, Capítulo I, da atual Constituição brasileira, especificamente o artigo 170, apresenta a ordem econômica como garante da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, considerando que, por meio dos Princípios que regem esta ordem, dever-se-á, em todo o território nacional, assegurar a existência digna, conforme os ditames, constitucionalmente delineados e não taxativos, da justiça social.

Com isso, para que a justiça social, enquanto objetivo fundamental da República, seja realizável e realizada, tornou-se imprescindível “[...] adotar alguns *princípios* norteadores da ação do Estado. Surgem, ao lado de princípios já consagrados, alguns outros que decorrem das tendências modernas³²”. Estes princípios – a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte – redistribuem, entre o Estado e a Iniciativa Privada, o ônus da atividade econômica, acarretando ao primeiro, além da função de ator econômico, a função de realizar a distribuição, função social do Estado, dos proveitos advindos de toda a atividade econômica.

De fato, o papel do Estado, no que condiz, sobretudo, ao desenvolvimento dos pressupostos da ordem econômica constitucional, está delimitado, também, no artigo 173 da Carta Federal de 1988. Assim, a participação do Poder Público na exploração direta da atividade econômica, ou seja, a participação do Estado como ator econômico somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Ademais, ao se referir, juntamente com o artigo 173, ao papel do Estado na atividade econômica, o artigo 174, do Texto Constitucional brasileiro, “[...] revela que o papel principal do Estado será o de ‘*agente normativo e regulador da atividade econômica*’. E esclarece que essas funções se corporificam na *fiscalização*, no *incentivo* e no *planejamento*³³”.

Assentado, portanto, o papel do Estado no desenvolvimento da ordem-atividade econômica, torna-se necessário, em razão da arquitetura do Texto Constitucional, analisar, também, a liberdade, compreendida como liberdade de iniciativa, como opção política adotada pelo Legislador – povo – Constituinte. Percebe-se, após a verificação da Ordem Econômica Constitucional, que “[...] o Constituinte de 1988 mudou inteiramente a situação anterior, vigente ao tempo da Constituição de 1967, quando a atividade estatal era supletiva da iniciativa privada,

31 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 342.

32 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 95.

33 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 103.

justificando-se, àquela época, de forma ampla a exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica³⁴. No entanto, ao afastar o Estado do exercício direto da atividade econômica, isto não quer dizer que as obrigações estatais, que necessitam do desenvolvimento econômico, isto é, que necessitam da distribuição-geração de renda, da criação de postos de trabalho e da tributação, não mais estejam vinculadas às prestações positivas dos entes públicos.

Dito de outra forma, a nova relação, posta pela Constituição Federal de 1988, entre Estado e economia, mantém, conforme o artigo 3º da Carta Magna, o Estado como garante de determinados objetivos que, voltados à realização da justiça social, dependem, de um sistema econômico, cuja liberdade para empreender encontra fiscalização-proteção, incentivo e, até mesmo, planejamento estatal. O que se quer dizer com isso é que, ao perceber a importância da ordem econômica, do desenvolvimento econômico para a realização dos objetivos, elencados como fundamentais, da República, o Estado, por um lado, se presta, ou deveria, a garantir, a quem intenta empreender economicamente, um ambiente regulado em termos jurídicos, e, por outro, “a partir da Constituição Federal de 1988, *as atividades ditas essenciais do Estado*³⁵”, passaram a ser aquelas relativas ao “[...] *Título VIII* da Lei Maior, ou seja, a seguridade social, saúde, educação, e demais problemas correlatos³⁶”.

Nestes termos, após a explicitação relativa à participação do Estado na ordem econômica ou, dos três pilares que sustentam a sua atuação, se pode dizer, com isso, que, “ao atuar indiretamente na condução, no estímulo e no apoio da atividade econômica empreendida pelos particulares, o Estado adota determinadas formas de política econômica, peculiares a cada campo de atuação³⁷”. A Constituição Republicana de 1988 possui a Ordem Econômica como centro operativo de convergência, é dizer, possui um instrumento político, jurídico e econômico que converge, com vistas a um fim, para a realização dos Objetivos Fundamentais da República (justiça social). Em consequência disso, para a realização deste fim, há a necessidade de participação tanto do Poder Público-Estado quanto do mercado-particulares, uma vez que “[...] deverá o Estado adotar uma série de medidas de política econômica que podem dizer-se instrumentos para alcançar aqueles objetivos fundamentais [...]”³⁸, sendo todas estas medidas destinadas a proteger, a incentivar e a planejar o cenário econômico nacional.

Ainda assim, além da intervenção indireta, própria de sistemas econômico-sociais democráticos, há, também, a intervenção direta do Estado na economia, cujo embasamento, anterior a 1988, pode ser encontrado no Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Com isso, a partir deste Decreto, especificamente no Título I, artigo 4º, inciso II, a Administração Pública, de maneira direta, passou a intervir na economia por meio das seguintes formas: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas. Todavia, neste trabalho, em razão da delimitação inicial da temática proposta, não serão analisadas todas as formas pelas quais o Estado intervém na economia, pois, o que interessa, para esta discussão, é demonstrar que o Estado, ao mesmo tempo em que projete, incentiva e planeja a economia nacional, como forma de intervenção indireta, ele também atua diretamente,

34 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

35 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

36 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 104.

37 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 175.

38 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 175.

sob a promessa – histórica³⁹ – de realizar os Objetivos Fundamentais da República, em casos de interesse coletivo e de segurança nacional.

Toda esta estrutura normativa, constitucionalmente delimitada e com vistas à realização da justiça social, impôs, em território nacional, um capitalismo de mercado, que é fomentado, conjuntamente, por um Estado intervencionista e, também, pela iniciativa privada. Este modelo constitucional, denominado pelo constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho de “Direito Constitucional Organizatório”, caracteriza-se, fundamentalmente, por regular “[...] a formação dos órgãos constitucionais, sobretudo dos órgãos constitucionais de soberania, e respectivas competências e funções, bem como a forma e procedimento da sua actividade⁴⁰”. No caso brasileiro, em que o Estado participa – e intervém⁴¹ – tanto das atividades públicas (do Poder Público) quanto das atividades privadas, sejam elas individuais e/ou coletivas, é possível, portanto, guardadas as devidas peculiaridades, se falar em “Direito Constitucional Organizatório”. Neste sentido, a ordem econômica, por se tratar de uma estrutura organizada pelo Direito Constitucional brasileiro, possui, por assim dizer, competência, função, responsabilidade e um procedimento jurídico delimitado pela própria Constituição e pelas Leis Ordinárias.

No entanto, neste estudo não se analisará a estrutura jurídica que rege o processo econômico brasileiro, pois o que interessa a esta pesquisa é demonstrar a relação entre Ordem Econômica Constitucional e Objetivos Fundamentais da República. Assim, a ordem econômica, enquanto estrutura organizada deve, por competência, determinar⁴² a ação e a atuação dos órgãos públicos e dos agentes econômicos privados “[...] com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional e legalmente incumbidos. A Competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas *tarefas* bem como os *meios* de acção (<<poderes>>) necessários para a sua prossecução⁴³”. No que diz respeito à Função, para José Joaquim Gomes Canotilho, se pode dizer que “[...] é sempre uma relação de referência entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma⁴⁴”. Dito de outra forma, a função da Ordem Econômica Constitucional é

39 A gestão política e altamente discricionária do orçamento também fomenta a corrupção de empresas que têm contratos de longo prazo. Quando uma empreiteira vence uma licitação para executar uma obra ao longo de vários anos, ela precisa atuar junto ao Congresso durante todo o tempo para que o projeto esteja contemplado no orçamento e, ainda, para que os Ministérios do Planejamento e da Fazenda liberem os recursos necessários para sua conclusão. Isso faz com que as empresas precisem ter boas relações com parlamentares e altos funcionários do Executivo. Como as decisões são arbitrarias e sua motivação é pobre, se não ausente, é “improvável supor que a inclusão dos recursos no orçamento e que sua liberação não se façam em troca de pagamento de altíssimas propinas, ou, em linguagem parlamentar, do compromisso da empresa de financiar a campanha de determinados grupos políticos”, como afirma o professor da UnB Lucas Furtado, que estudou a corrupção em seu doutorado na Universidade de Salamanca. DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 171.

40 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 541.

41 [...] A atuação estatal ordenadora do processo econômico se manifesta de modo tão incisivo que, por vezes, não se limita o Estado a simplesmente impor a celebração coativa de contratos, mas define como compulsório o próprio exercício da atividade econômica. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 96.

42 Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 543.

43 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 543.

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 544.

estabelecer uma referência entre o conjunto normativo econômico-constitucional e a realização dos Objetivos Fundamentais da República.

Com efeito, há, entre os fatores estruturantes da ordem econômica, a responsabilidade que, para J. J. Gomes Canotilho, se expressa através de três maneiras. A primeira delas, afirma que “a responsabilidade pressupõe o reconhecimento ao sujeito dessa responsabilidade (<<responsável>> na linguagem comum) de uma certa margem de <<discricionariedade de actuação>> ou de <<liberdade de decisão>>⁴⁵”. A segundo, no que condiz à vinculação, “[...] implica, como correlato da liberdade de actuação, uma vinculação funcional traduzida na obrigatoriedade da observância de certos deveres jurídico-constitucionais e da prossecução de certas tarefas⁴⁶”. Por fim, a terceira maneira se refere, fundamentalmente, à “[...] existência de sanções jurídicas (penais, disciplinares, civis) ou político-jurídicas (censura, destituição, exoneração) no caso de não-cumprimento ou de cumprimento julgado defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão incumbidos os órgãos ou agentes constitucionais⁴⁷”.

Ademais, no que condiz ao último dos fatores estruturantes da ordem econômica, o procedimento, que condiciona tanto a esfera pública quanto a privada ao cumprimento e à realização dos direitos fundamentais-sociais ou, melhor, à realização dos Objetivos Fundamentais da República, apresenta-se como um “[...] *iter* procedimental juridicamente adequado [...]”⁴⁸, não somente ao cumprimento e à realização dos direitos fundamentais-sociais, mas sim, e principalmente, à proteção da Ordem Econômica Constitucional e da sua função relativa à execução de um projeto – constitucional – de desenvolvimento. Portanto, “[...] a *ordem econômica* mencionada pelo art. 170, *caput* do texto constitucional – isto é, mundo do ser, relações econômicas ou atividade econômica (em sentido amplo) – *deve ser* dinamizada tendo em vista a promoção da existência digna de que todos devem gozar⁴⁹”.

Assim, o projeto constitucional de sociedade, que decorre, substancialmente, da Constituição dirigente de 1988, “[...] reclama – e não apenas autoriza – *interpretação dinâmica*. Volta-se à transformação da sociedade, que será promovida na medida em que se reconheça, no art. 3º – e isso se impõe –, fundamento à reivindicação, pela sociedade [...]”⁵⁰, da construção – democrática – de uma República consolidada pela liberdade e pela justiça social. Estes objetivos, que fundamentam o Texto Constitucional, quais sejam, a liberdade e a justiça, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização e a promoção do bem de todos, passaram a depender, a partir do Projeto Constitucional de 1988 e enquanto “norma-objetivo⁵¹”, de uma ordem econômica organizada em competências, funções, responsabilidades e procedimentos jurídicos delimitados.

45 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 544.

46 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 544.

47 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 544.

48 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 545.

49 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 194.

50 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 212.

51 Também aqui temos *princípio constitucional impositivo* (Canotilho) ou *diretriz* (Dworkin) – norma-objetivo – dotado de *caráter constitucionalmente conformador*. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 213.

2.2 É possível garantir o Princípio da Livre Concorrência ante a cartelização da economia?

Após a análise da inter-relação da Ordem Econômica Constitucional e dos Objetivos Fundamentais da República, nesta parte, como condição ao exercício da atividade econômica, uma vez que o desenvolvimento da economia, seja pelo Estado, direta ou indiretamente, seja, também, pela iniciativa privada, verificar-se-á se há possibilidade de garantir o Princípio da Livre Concorrência ante a cartelização da economia.

De fato, o Princípio da Livre Concorrência, constitucionalmente falando, representa afirma “[...] uma opção pelo regime de economia de mercado e assumindo essa postura ideológica, a Constituição adota como princípio a mola básica que rege aquele tipo de organização da economia. Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio⁵²” não somente entre os grandes grupos e as pequenas empresas, mas também entre o Estado-Empreendedor e todos aqueles que, de acordo com as exigências legais, estejam interessados em participar do mercado.

Todavia, no que se refere ao atual modelo constitucional de economia, se pode dizer, a partir de uma verificação histórica acerca da Ordem Econômica brasileira, que nem sempre ocorrera a inter-relação de liberdade para empreender e de igualdade entre os empreendedores. Isto porque todas as Constituições brasileiras, de 1824 a 1988, possuíam certas peculiaridades que, ao longo da história constitucional pátria, possibilitaram a edificação constitucional da Ordem Econômica vigente. Neste sentido, tanto a Constituição de 1824 quanto a de 1891 “[...] eram liberais. A primeira fazia, no entanto, alguma concessão à ordem social ao garantir o socorro público e a instrução primária gratuita a todos os cidadãos [...]. A segunda foi estritamente liberal, nada previu em favor do econômico e do social⁵³”.

Dessa forma, para a continuidade desta verificação, torna-se necessário compreender, além do cenário brasileiro, também o cenário e as peculiaridades políticas que caracterizaram, no passado, as relações sociais, jurídicas e econômicas no mundo ocidental. Por isso, a transformação referente ao conteúdo das Constituições, é dizer, a passagem do liberal ao social ou, até mesmo, da correlação entre ambos, fora iniciada, em termos de movimento constitucional, “[...] quando a ordem econômica e social adquiriu dimensão jurídico-constitucional com a Constituição mexicana [...]. E logo veio a Constituição de Weimar, que avançou ainda mais na disciplina da ordem econômica e social [...]⁵⁴”, influenciando, preponderantemente, a Constituição brasileira de 1934. Em consequência disso, a Carta Magna de 1934⁵⁵, ao inaugurar, por meio das influências da Constituição mexicana de 1917 e, também, da Constituição de Weimar de 1919, a ordem econômica e social na história do constitucionalismo brasileiro condicionou a liberdade econômica aos princípios e às necessidades da realidade nacional.

Estas necessidades, que fundamentaram a constitucionalização dos monopólios da indústria e da atividade econômica, condicionaram “[...] a possibilidade de nacionalização progressiva das minas, jazidas minerais e quadras d’água ou outras fontes de energia hidráulica,

52 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

53 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 449.

54 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 449.

55 O processo democrático, de certa maneira, fincava raízes, mormente a partir da constituinte de 1934, que redundou na Constituição que inovava em termos de perspectiva do constitucionalismo, eis que inspirada na Constituição de Weimar. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 513.

judgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do País⁵⁶. Ademais, no que tange à ordem econômica, a Constituição de 1934, neste mesmo sentido, qual seja, de estatização e de nacionalização da economia, “limitou as concessões de terras públicas. Vedou a propriedade de empresas jornalísticas a sociedades anônimas ao portador e a estrangeiros. Só brasileiros natos poderiam ser proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais, assim como dois terços da tripulação⁵⁷”. Tem-se, pois, que a Carta Federal de 1934⁵⁸, apesar da sua duração, atuou, na história constitucional brasileira, como parâmetro-marco para o surgimento das outras Constituições.

Com efeito, a Constituição de 1937, diferentemente da Constituição de 1934, a começar pelo modo ao qual fora produzida, ou seja, fora outorgada no governo do então Presidente Getúlio Vargas, enquanto que a de 1934 fora promulgada por uma Assembleia Constituinte também no governo Vargas, apresentou, no que condiz, especificamente, à ordem-atividade econômica, uma maior liberdade individual, insculpida pelo artigo 135 que, no título da Ordem Econômica, delineou um outro cenário econômico. Neste contexto, “esta Carta, por exemplo, criou modelo diverso, como se vê de seu art. 135: ‘Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional’⁵⁹”. Percebe-se, a partir deste artigo, que o Texto Federal de 1937 assentou “[...] alguns princípios que seguiram orientando a ordem econômica nas Constituições posteriores: prevalência da iniciativa individual, princípio da subsidiariedade no regime de intervenção do Estado no domínio econômico⁶⁰”.

Acerca disso, a Constituição de 1937, popularmente chamada de “Polaca”, determinava, no artigo 135, que a intervenção do Estado, no domínio econômico, estaria legitimada somente quando o Poder Público atuasse para “[...] suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado⁶¹”. Entretanto, a Constituição de 1937, mesmo apresentando-se como um documento não promulgado, manteve e aperfeiçoou a ordem social originária da Constituição de 1934. Esta característica de conciliação entre Ordem Econômica e Ordem Social, isto é, entre liberdade e igualdade, passou, por assim dizer, a delinear o desenvolvimento – entre avanços e retrocessos – do constitucionalismo brasileiro.

Seguindo-se, para a continuidade desta discussão, a linearidade histórica do constitucionalismo pátrio, tem-se, portanto, a promulgação, retomando o viés consubstanciado na Constituição de 1934, da Constituição de 1946. Isto porque esta Constituição, a de 1946, “[...] manteve o princípio de que a ordem econômica devia ser organizada conforme os princípios da justiça social, mas acrescentou: conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do

56 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 450.

57 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 450.

58 Embora essa Constituição tenha durado pouco mais de três anos, assim mesmo pareceu-nos importante expor a sua ordem econômica e social minuciosamente, porque ela, se não foi aplicada, serviu de orientação para as Constituições subsequentes, seja para adotar seu modelo ou para criar modelo diverso. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 451.

59 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 451.

60 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 542.

61 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 541.

trabalho humano⁶²". Nesta perspectiva, condizente com a realização da justiça social, o Texto Constitucional de 1946 previu, através de Lei Especial, a intervenção do Estado no domínio econômico, autorizando a formação de monopólios destinados à exploração de determinadas atividades estratégicas destinadas ao interesse público. Este intervencionismo, contrapondo-se à Constituição de 1937, fora apresentado como condição de possibilidade à efetivação dos avanços, trazidos pela Ordem Constitucional de 1946, relativos à ordem social. Assim, o artigo 157, desta Constituição Federal, condicionou, à ordem social, esta dependente da geração de emprego e renda, a melhoria da condição dos trabalhadores.

Em consequência destas características, ao se promover uma análise das Constituições brasileiras, no que diz respeito à Ordem Econômica e à Ordem Social, a Constituição de 1946, em comparação com as especificidades da Constituição Republicana de 1988, serviu, social e economicamente, como parâmetro para a promulgação, via constitucionalismo democrático, pós-autoritarismo, não apenas da Constituição de 1988, mas sim, e principalmente, do projeto de transformação da realidade social, a partir da realização da justiça social, consolidado neste documento político-jurídico. Com isso, após este enfrentamento, prosseguindo-se à verificação proposta inicialmente, a Constituição de 1967, juntamente com a Emenda 1, de 1969, apresentou uma "[...] *ordem econômica* idêntica, de feição mais liberal que a da Constituição de 1946, porque não foi esta o seu modelo, e sim a Carta ditatorial de 1937. Por isso, os princípios da ordem econômica nesta estabelecidos foram seguidos⁶³", é dizer, o princípio de que a exploração da atividade econômica teria como destinatária, preferencialmente, a iniciativa privada, possibilitou a retomada da estrutura constitucional-econômica⁶⁴ de 1937.

Esta outra lógica, marcadamente liberal, obteve assento constitucional através do artigo 163, da Constituição de 1967, pois segundo este dispositivo caberia, preferencialmente às empresas privadas, com o estímulo estatal, organizar e explorar as atividades econômicas. No entanto, apesar das diferenças substanciais entre o Texto Constitucional de 1967 e a Constituição de 1946, vislumbrando o primeiro promover uma maior liberalização da economia, esta nova ordem "[...] não chegou a ser aplicada, porque durou pouco mais de dois anos. Mas as linhas gerais de sua ordem econômica e social, assim como da família, educação e cultura, foram adotadas por sua Emenda 1 que é conhecida [...] como Constituição de 1969⁶⁵". Ainda assim, nesta mesma lógica, do autoritarismo à democracia, ao romper com o sistema político e jurídico advindo das Constituições de 1967 e de 1969, a Constituição de 1988 separou, categoricamente, a Ordem Econômica da Ordem Social. Todavia, esta separação não representou, substancialmente, a extinção da interdependência, para a efetivação do Estado do Bem-Estar Social delineado na Carta Magna de 1988, entre desenvolvimento econômico-Ordem Econômica e justiça social-Objetivos Fundamentais da República.

62 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 453.

63 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 455.

64 Nessa linha são os princípios da ordem econômica que ela estabelecia no art. 157, que tinham por fim realizar a justiça social, segundo os princípios ali arrolados: *liberdade de iniciativa* (em primeiro lugar, para significar aquela prioridade prevista no art. 163); *valorização do trabalho como condição da dignidade humana*; *função social da propriedade* (cuja garantia constava do §22 do art. 150; um avanço em relação à Constituição de 1946); *harmonia e solidariedade entre os fatores da produção*; *desenvolvimento econômico*; e *repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros*. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 456.

65 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 457.

Muito pelo contrário. A realização dos Objetivos Fundamentais da República ou, melhor, da justiça social-existência digna, passou a depender da realização do desenvolvimento econômico a partir da efetividade dos Princípios Gerais da Atividade Econômica. Por outras palavras, a proteção da Ordem Econômica, através da efetivação dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, representa, no que se refere ao ideal de sociedade projetado na Constituição Federal de 1988, a garantia das “[...] condições jurídicas fundamentais para a adoção e um desenvolvimento autocentrado, nacional e popular, que, não sendo sinônimo de isolamento ou de autarquização econômica, possibilita marchar para um sistema econômico desenvolvido [...]”⁶⁶, sistema este que, ao conciliar o público e o privado, alçou o desenvolvimento econômico à condição de possibilidade para a construção – linear – de uma sociedade condicionada pelos pressupostos do Estado do Bem-Estar Social⁶⁷.

Assim, a Ordem Econômica e a Ordem Social, de 1824 a 1988, uma vez que não se verifica uma linearidade⁶⁸ no constitucionalismo brasileiro, encontrou, contemporaneamente, uma certa estabilidade com o advento do Texto Constitucional de 1988. Todavia, após se demonstrar a construção e a estabilização, até o presente momento, destes pressupostos constitucionais, ou seja, a construção e a inter-relação de liberdade e de intervenção ou, melhor dizendo, a delimitação da livre concorrência e da socialização do resultado do desenvolvimento econômico, torna-se imprescindível, ao retomar a temática proposta, responder se é possível, ante a cartelização da economia, garantir o Princípio da Livre Concorrência. Em decorrência disso, para a realização do Estado do Bem-Estar Social delineado pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987, a liberdade e a intervenção, no modelo constitucional brasileiro de 1988, apresentar-se-ão “[...] não como simples decorrência anárquica de uma hipotética *mão invisível*, nem submetida à ditadura de uma *luva de ferro*, mas num equilíbrio em que o mercado livre não se submeta às distorções dos monopólios e oligopólios⁶⁹”. Dito isso, passar-se-á à análise – constitucional – da livre concorrência.

No que condiz à Constituição Federal de 1988, o Princípio da Livre Concorrência, consubstanciado no Título da Ordem Econômica e Financeira, especificamente no Capítulo dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, artigo 170, inciso IV, representa, além um direito-garantia para que o cidadão possa participar do processo produtivo-mercadológico-econômico nacional, um dever de socialização, isto é, uma função social⁷⁰ referente à distribuição dos resultados obtidos através da atividade econômica. Dessa forma, ao optar pela economia de

66 SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 460.

67 A busca pela igualdade substancial mediante a observância ao Princípio da Solidariedade – diretriz da qual também decorrem deveres constitucionais – tem previsões mais específicas. Está-se referindo às normas inseridas no título constitucional relativas à *ordem social*, que encontram paradigma também no artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 73.

68 O Brasil desta análise histórica corresponde assim a um modelo de país constitucional que até aos nossos dias se busca construir, numa longa travessia de obstáculos. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 190.

69 CUNHA, Paulo Ferreira da Cunha. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 48-49.

70 A economia deveria ser para cada Pessoa e para toda a Humanidade. O próprio trabalho não é um fim em si, e a livre iniciativa tem que ter uma função social. CUNHA, Paulo Ferreira da Cunha. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 48.

mercado, a matriz adotada pelo constitucionalismo brasileiro, econômica e social, buscou garantir “[...] a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas⁷¹”.

Neste contexto, ao adotar a Constituição como referência, o Estado passa a atuar não mais de maneira negativa, conforme as tendências do liberalismo clássico, mas sim de maneira positiva. Pode-se dizer que, em um primeiro momento, por meio da Lei n. 8.884⁷², de junho de 1994, o poder público passou a promover a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Posteriormente, com o desenvolvimento das relações econômicas e, principalmente, com o aumento da complexidade das relações concorrenciais, a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, substituiu, no que diz respeito à prevenção e à repressão às infrações contra a ordem econômica, a Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, passando a estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Esta estruturação, segundo o artigo 1º desta Lei, deverá assegurar a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder econômico.

Portanto, a partir do artigo 173, §4º, a Constituição Federal de 1988 condicionou, como representação de um projeto econômico com vistas à realização da justiça social (promoção do bem-estar de todos), a garantia ao exercício da livre concorrência à proteção do Estado. Por outras palavras, o conteúdo axiológico do §4º deste dispositivo “[...] é a contrapartida à atuação do Estado para defender e garantir a livre atuação das empresas no mercado [...]. Concretizando esse princípio constitucional, o artigo 36, IV, da Lei 12.529, de 2011 [...], considera infração da ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante⁷³”. Com efeito, o artigo 36, da já citada Lei, ao explicitar as condutas – conteudisticamente abertas – que constituem infração à ordem econômica, buscou, por assim dizer, disciplinar, ou, melhor, impor limites aos poderes que concorrem no mercado econômico, uma vez que estes poderes, “[...] diante da ausência de limites e controles, tendem a concentrar-se e a acumular-se em formas absolutas: a transmutar-se, na ausência de regras, em poderes selvagens⁷⁴”.

Entretanto, contemporaneamente, ou, até mesmo, enquanto fenômeno cultural, a cartelização da economia, sobretudo em decorrência das relações entre o público e o privado, é dizer, em decorrência, principalmente, das licitações públicas, apresenta-se, em tempos de combate à corrupção praticada no âmbito econômico, como condição contrária ao exercício da livre concorrência. Justamente por isso, para que seja possível responder à pergunta inicialmente formulada, qual seja, se seria possível garantir o princípio da Livre Concorrência ante a cartelização da concorrência, torna-se necessário, antes de tudo, traçar uma definição para Cartel. A cartelização da economia caracteriza-se, portanto, “[...] como uma conduta adotada

71 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 96.

72 Artigo 1º, da Lei 8.884 de 11 de junho de 1994: ‘Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei’.

73 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 103.

74 FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 15.

por concorrentes no mercado com o objetivo de combinar preços, dividir mercados, estabelecer quotas e combinar condições para concorrer em licitações públicas⁷⁵.

Neste sentido, a cartelização da economia possui quatro consequências diretas: a ampliação dos ganhos dos produtores, o aumento do preço do produto, a eliminação da concorrência e, também, o crescimento, desproporcional, do lucro da empresa. Estas consequências, decorrentes da formação e da manutenção do cartel, são produzidas por meio do fenômeno chamado de “colusão”, “[...] que se define como um ajuste secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiros. [...] A palavra tem sua origem no latim ‘co-ludere’, que significa ‘jogar com’, ‘jogar junto’⁷⁶”. Assim, no que se refere à livre concorrência, se pode dizer, portanto, “[...] que o cartel elimina justamente a ‘rivalidade’, a ‘concorrência, que deveria reinar no mercado’”. Entretanto, quem pratica colusão procura sempre esconder a combinação realizada, para dar impressão de estar concorrendo⁷⁷.

Todavia, na Constituição de 1988 “[...] estão consagradas as ideias de liberdade de iniciativa, condições de consumo, de emprego e saúde, bem como a de que o Estado possa intervir sempre que a liberdade de iniciativa não estiver sendo exercida em proveito da sociedade⁷⁸”. Com efeito, quando se refere ao Texto Constitucional vigente como econômico e social, dever-se-á levar em consideração que estas adjetivações⁷⁹ representam, fundamentalmente, um dever ser, ou, até mesmo, um estado de coisas constitucionalmente delimitado. Isto porque a cartelização da economia, que atenta contra o econômico e o social, não possui somente consequências diretas, conforme demonstradas acima, uma vez que apresenta mas consequências indiretas que, em médio e em longo prazo, atentam contra os pressupostos constitucionais que consubstanciam a realização da justiça social. Por isso, deve-se ter presente que a liberdade e a igualdade, duas das principais características do movimento constitucional, adotadas pela Constituição Federal de 1988, rejeitam, pela simples compreensão da formação e da manutenção do cartel, qualquer possibilidade de abuso do poder econômico.

Dessa maneira, com relação à pergunta formulada inicialmente, se pode dizer que, diante da formação do cartel, ou seja, diante do abuso e da concentração do poder econômico, não se verifica a possibilidade de garantir/assegurar o princípio da Livre Concorrência. Ademais, no que tange às consequências indiretas deste fenômeno, à médio e à longo prazo, percebe-se, em tempos de Operação Lava Jato, a não realização dos Objetivos Fundamentais da República, o não cumprimento dos direitos sociais-fundamentais assim como também o esvaziamento do Estado do Bem-Estar Social. Dito de outra forma, o abuso e a concentração do poder econômico, ao minar a fruição do princípio da Livre Concorrência, reduzem, potencialmente, a geração de

75 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

76 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

77 LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 291.

78 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 44.

79 Quando vemos o Estado cercado de adjetivos, talvez se possa dizer o que Carl Schmitt afirmou acerca da Constituição. Mais ou menos isto: um Estado carecedor de adjetivos indicia um claro mal-estar do próprio Estado. Parece não ter substância. Apela a algumas qualidades. É tudo e nada. É uma fórmula passepartout. Não tem ADN. Precisa de impressões. Já não é grito de batalha. É um argumento. De categoria política passa a topos argumentativo. Será assim? Ousemos fazer uma provocação: diz-me o adjectivo do Estado e eu dir-te-ei que estado tens ou queres. Eis o mote, eis o argumento, eis a ponderação que nos acompanhará nos desenvolvimentos subsequentes. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, nº 56, Porto Alegre, 2002, p. 29.

emprego, a arrecadação de tributos, e, principalmente, a conversão, em prol do bem comum, dos resultados – realização dos objetivos-promessas constitucionais – do exercício da atividade econômica obtidos com base no binômio liberdade e igualdade.

3 Do Direito Penal Econômico Liberal ao Direito Penal Econômico: é possível proteger a Ordem Econômica Constitucional?

Do constitucionalismo liberal ao constitucionalismo social e do Estado Liberal ao Estado Social, torna-se possível verificar, a partir destas transformações, não somente amplas modificações relativas ao conteúdo das Constituições, assim como do Estado e suas adjetivações, mas também perceber, contemporaneamente, que o Estado do Bem-Estar Social, por carregar valores e obrigações que transcendem a esfera individual, passou a se apresentar, fundamentalmente, como referência axiológica para a reformulação do ordenamento jurídico de matriz liberal. Da mesma forma ocorre com o do Direito Penal que, em tempos de Estado e de Constituição como representantes e garantes de um projeto econômico e social de sociedade, necessita, em razão da complexidade que deverá abarcar, tutelar valores transindividuais, difusos e coletivos.

Nestas circunstâncias, em que se percebe uma transformação condizente ao conteúdo valorativo do ordenamento jurídico brasileiro, para que seja possível demonstrar a passagem do Direito Penal Liberal ao Direito Penal Econômico e a autonomia deste em face daquele, se constata a imprescindibilidade de se realizar a compreensão – sucinta – da evolução histórica dos direitos fundamentais. Dessa forma, historicamente falando, os direitos fundamentais, que caracterizaram as Constituições liberais e as liberais-sociais-democráticas, passaram por transformações, “[...] tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos [...] ⁸⁰”, ou, de acordo com parte da doutrina, da existência de uma quarta, quinta⁸¹ e sexta dimensões⁸².

Para se buscar atender à finalidade desta discussão, começar-se-á esta verificação, já que se trata de uma análise histórica, a partir dos direitos fundamentais de primeira dimensão. De fato, esta dimensão, que traz, por meio do pensamento liberal-burguês, os direitos de defesa do indivíduo contra o Estado, se constitui, sobretudo, pelos valores do jusnaturalismo, uma vez que o direito à vida, “[...] à liberdade, à propriedade e à igualdade perante à lei [...] são, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluído as assim denominadas liberdades de expressão coletiva [...] e pelos direitos de participação política⁸³”. Ainda assim, a

80 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 45.

81 O direito à paz é concebido ao pé da letra qual direito imanente à vida, sendo condição indispensável ao progresso de todas as nações, grandes e pequenas, em todas as esferas. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 599.

82 Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 46.

83 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva*

primeira dimensão, além de tutelar a liberdade em face do Estado, isto é, a chamada liberdade⁸⁴ negativa, caracterizou-se, também, pelo direito à igualdade perante a lei, nos termos abstratos condizentes ao liberalismo, juntamente com as garantias decorrentes do devido processo legal.

Já os direitos de segunda dimensão, enquanto produto da aglutinação entre os direitos da primeira e a realidade econômica, social e cultural vivenciada no século XIX, representaram, ao fim e ao cabo, uma mudança no que diz respeito à inter-relação Estado-indivíduo⁸⁵, isto porque “muitos destes direitos consistem em direitos a prestações ou actividades do Estado, mas na categoria de direitos económicos, sociais e culturais⁸⁶”. Neste cenário de industrialização, de graves problemas socioeconômicos e da necessidade de proteção do trabalhador, fora mantida a prestação estatal negativa e, a ela, acrescentado um agir positivo por parte do Estado. Esta nova conformação jurídica, que migrou da abstração liberal à personificação dos destinatários (indivíduo-sociedade), promoveu, neste período – e ainda busca promover atualmente –, uma revolução, constitucionalmente falando, referente ao Estado como garantidor-prestador de saúde, de educação, de assistência social, de trabalho, todos estes direitos-garantias assegurados pela concepção de liberdade e de igualdade proveniente da primeira dimensão.

Seguindo-se, assim, a linearidade histórica e constitutiva dos direitos fundamentais, a terceira dimensão destes direitos composta, fundamentalmente, pelos chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade, trouxe, distinguindo-se das demais, a “[...] proteção de grupos humanos (família, povo, nação), de modo a caracterizá-los como direitos de titularidade coletiva ou difusa⁸⁷ [...]”. Dito de outra forma, por meio desta concepção passou-se a privilegiar, a partir das Constituições do segundo pós-guerra, já que se trata de direitos condicionados à condição humana, é dizer, de direitos indefinidos e indetermináveis, a proteção do meio ambiente, como corolária da qualidade de vida, a existência digna, decorrente da correlação de ordem econômica e ordem social, e, principalmente, o desenvolvimento do ser humano, compreendido na sua plenitude. Além destas premissas, ocorrera uma mudança no que condiz à titularidade destes direitos.

O que se quer dizer com isso é que os titulares dos direitos de terceira dimensão, não mais o indivíduo de forma isolada, passaram a ser o Estado e a Nação, uma vez que estes direitos são denominados “[...] usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem

constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 47.

84 Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 581.

85 Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social [...]. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48.

86 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 403.

87 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 48.

esforços e responsabilidade em escala até mesmo mundial para a sua efetivação⁸⁸. Neste cenário, em que os direitos transindividuais, difusos e coletivos passaram a integrar as Constituições democráticas e sociais do segundo pós-guerra, a Constituição brasileira de 1988, ao promover uma transformação tanto na ordem econômica quanto na social, conforme já demonstrado, realizou, ao menos no âmbito constitucional, a passagem, em definitivo, do liberal para o social, sendo este uma concessão do capital e condicionado aos pressupostos de uma democracia econômica e solidária.

Com isso, ao atribuir direitos e garantias, por um lado, e impor deveres, por outro, o Texto Constitucional de 1988, condicionado também pelos direitos de terceira dimensão – transindividuais, difusos e coletivos –, apesar de atribuir, garantir-assegurar e exigir direitos e deveres, por se tratar de norma⁸⁹, segundo a concepção de Konrad Hesse, dependerá, sobretudo, de uma vontade-proteção para ser concretizado. Esta vontade-proteção deverá originar-se, por assim dizer, “[...] da compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme⁹⁰”. Por isso, por depender de um sistema jurídico coeso, a Constituição Federal brasileira, enquanto vértice normativo, ou, melhor dizendo, a sua principiologia, que se converte em direitos e garantias, passou a depender da legislação ordinária – para a proteção de todo um projeto econômico e social –, que deverá estar condicionada aos próprios pressupostos constitucionais assim como também, no que se refere aos bens tutelados, à terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Neste cenário, portanto, é que o Código Penal pátrio, datado de 7 de dezembro de 1940, ao tutelar bens jurídicos predominantemente intrínsecos ao indivíduo, não se apresenta como condição de possibilidade para tutelar os valores decorrentes de uma sociedade complexa, cujos bens constitucionalmente assegurados, de ordem transindividual, difusa e coletiva, ultrapassam a esfera individual e passam a integrar – e a influenciar – o patrimônio do Estado e da coletividade. Por outras palavras, o ordenamento jurídico, seja ele constitucional, seja, também ordinário, está convocado “[...] a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não perceber esse aspecto da vida do Estado representaria um perigoso empobrecimento [...]”⁹¹ ou, até mesmo, um esvaziamento da Constituição e, conseqüentemente, da força – executória – estatal.

Isto porque “quanto mais o *conteúdo* de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa⁹²”.

88 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 49.

89 [...] A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

90 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

91 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

92 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

Todavia, em decorrência da corrupção na política, na economia e na sociedade como um todo, corrupção esta que deturpa os pressupostos constitucionais-estatais, exige-se que o ordenamento jurídico infraconstitucional corresponda com a realidade atual, de modo a proteger os novos bens tutelados pelo constitucionalismo democrático e social de 1988. Neste contexto de corrupção e de corrosão dos pressupostos jurídicos que zelam pela promoção da justiça social, isto é, de esvaziamento da ordem econômica e da ordem social, deverá surgir, “[...] assim, um novo Direito Criminal, no qual os princípios que dão supedâneo a essas correntes de pensamento se mesclam em convívio necessário – harmônico e, às vezes, tenso – para que se possa proteger valores individuais e também transindividuais⁹³”.

Ademais, esta transformação do Direito Penal Liberal ao Direito Penal Econômico deverá ter o condão, também, de demonstrar como

[...] o direito penal é sensível às mutações valorativas que as sociedades vão cristalizando e, sobretudo, tornar claro um problema real da discursividade jurídico-penal: em que medida, com que extensão e na base de que sentido é que podemos continuar a afirmar a proposição político-criminal de que o direito penal deve ser a *ultima ratio* do arsenal regulador que o Estado democrático dispõe⁹⁴.

Assentados e reconhecidos os fundamentos jurídicos e sociais, os quais legitimam a passagem do liberal para o econômico, no que se concerne, especificamente, ao Direito Penal, se pode afirmar que esta especialização “[...] não é um mero *nomen* e que uma das provas da sua existência como disciplina se pode encontrar na persistência da sua importância mas sobretudo enquanto lugar privilegiado onde nasceu uma das mais singulares [...] e determinantes questões dos últimos anos⁹⁵[...]”, qual seja, a possibilidade de proteger-tutelar penalmente bens transindividuais, difusos e coletivos mediante a incriminação-responsabilização das pessoas coletivas. Por isso, o Direito Penal Liberal, que tutela preponderantemente a vida, a liberdade e a propriedade, valores predominantemente liberais-individuais (o chamado “núcleo duro do Direito penal”, segundo a Escola de Frankfurt), ao deparar-se com este outro cenário, em que a ordem econômica, delineada na Constituição Federal de 1988, é condição de possibilidade para a implementação do projeto constitucional brasileiro de sociedade, encontra-se incapaz de tutelar-proteger os valores apresentados pela realidade contemporânea.

Como diz Costa, “têm-se em conta os grandes domínios da economia, da micro-economia à macro-economia, protege-se o domínio financeiro do Estado e acaba-se na tutela econômica dos interesses da coletividade e do consumidor⁹⁶”. Desta concepção, de tutela dos interesses da coletividade ou, até mesmo, do Estado, é que passar-se-á à compreensão, propriamente dita, acerca do Direito Penal Econômico. Dessa forma, para que seja viável esta compreensão e, ao mesmo tempo, responder ao questionamento inicialmente formulado, qual seja, “é possível proteger a Ordem Econômica Constitucional”, analisar-se-á a composição do(s) bem⁹⁷(s) jurídico(s) tutelado(s) pelo Direito da Criminalidade Econômica. Assim, a superação

93 FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 116.

94 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 25.

95 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 28.

96 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 27-28.

97 Como se sabe, tem-se, hoje, por adquirido que uma das formas mais consistentes de enquadrar e valorar o direito penal passa, não obstante as actuais críticas que se fazem sentir de vários lados, pela definição de compreensão da noção de bem jurídico. É interessante verificar, para além disso, que a forma como se vê [...] o direito penal está indissociavelmente ligado

do individualismo, pelo Estado do Bem-Estar Social e pela sua Constituição adjetivada, nada mais fez do que “[...] sustentar que a norma quer defender um bem jurídico supra-individual (por exemplo, a segurança interna ou externa do Estado, o património em geral, as boas regras do mercado⁹⁸”.

De fato, o compromisso estatal de, a partir do Direito Penal Econômico, proteger a ordem econômica, intervindo na regulação jurídica da livre concorrência, resulta, substancialmente, dos interesses postos em questão. Estes interesses, em um Estado do Bem-Estar Social, compõem, genericamente falando, a ordem econômica, uma vez que esta “[...] é composta de políticas conformadoras do desenvolvimento econômico e social, fundamentadas na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) [...]”⁹⁹, que objetivam, por meio do artigo 3º, da Constituição Federal brasileira, construir uma sociedade livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como promover o bem de todos. Isto porque “[...] a economia, vista aqui como jogo e função de ordenação dominial que visa o aumento dos bens e pressupõe, qualquer que ela seja, uma regra de distribuição daqueles precisos bens, não pode ser olhada exclusivamente a partir do étimo da protecção *patrimonial* dos bens¹⁰⁰”.

O que se quer dizer com isso é que os compromissos político-jurídicos assumidos pelo Estado, por meio da sua Constituição, impuseram, ao Direito Penal Econômico, neste cenário de corrupção sistêmica e de transindividualidade dos seus efeitos, que “[...] o bem jurídico nos crimes econômicos, na historicidade de um estado promotor da igualdade e garantidor da livre iniciativa [...]”¹⁰¹, deverá proteger “[...] o regular desempenho das políticas de renda, monetária e fiscal, financeira e econômica (stricto sensu), legitimadas apenas no restrito segmento em que se façam necessárias para a realização do homem enquanto pessoa¹⁰²”. Respondendo-se, através destes pressupostos, isto é, da importância da ordem econômica para o Estado do Bem-Estar Social, à pergunta já realizada, verificar-se-á, mesmo que de maneira sucinta, a forma pela qual se torna possível instrumentalizar a protecção¹⁰³ da Ordem Econômica Constitucional.

Em decorrência disso, para que seja possível proteger a Ordem Econômica Constitucional deve-se levar, também, em consideração, com relação à responsabilização pelos danos causados aos bens tutelados pelo Direito Penal Econômico, a responsabilidade penal das pessoas coletivas. Esta conclusão, apesar de apresentar-se indispensável para o cenário político e jurídico contemporâneo, ainda suscita, especificamente no que diz respeito ao Direito Penal, certas controvérsias¹⁰⁴, que não serão analisadas no âmbito deste trabalho. De fato, a responsabilidade

às determinações do bem jurídico. COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 38.

98 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 39.

99 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 98.

100 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 41.

101 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 98.

102 SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 98.

103 Este, pois, é o irrenunciável diálogo que propomos entre direito penal e economia: cada delito econômico tem de concentrar-se na protecção de um recorte específico de cada uma dessas subpolíticas [...]. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 98.

104 De forma simples poder-se-á asseverar que a pessoa jurídica se afirmou, desde a primeira hora, como um novo centro de imputação jurídica. De imputação jurídica para o direito civil, para o direito processual civil, para o direito comercial. A resistência a considerar a pessoa colectiva como um verdadeiro centro de imputação jurídica vinha, e de certa maneira ainda continua a vir, das bandas do direito penal. COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 46.

penal das pessoas coletivas encontra guarida na indeterminação dos agentes da infração, é dizer, “conhecem-se os resultados penalmente desvaliosos mas o que se não consegue é encontrar os seus actores (autores). Por isso [...], é que se sustenta a bondade de uma responsabilidade penal das pessoas colectivas¹⁰⁵”.

A dificuldade apresentada, antes de ser um problema relativo ao Direito Penal Econômico¹⁰⁶, é, fundamentalmente, condição para o seu desenvolvimento e para a sua solidificação enquanto ramo especializado do direito, pois a indeterminação dos sujeitos da infração, “[...] se bem que se repercute, *prima facie*, na dimensão probatória, ela releva, sobretudo, de um ponto que se afirma estrutural a este tipo de infracções: a multiplicidade de agentes que entram no processo desencadeador da infracção¹⁰⁷”. Logo, em razão das transformações referentes aos direitos fundamentais, da primeira à terceira dimensão, os valores tutelados pelo direito ou, melhor, pelas Constituições, a começar pelo segundo pós-guerra, apontaram para o surgimento dos chamados direitos transindividuais, difusos e coletivos, de modo que a Constituição Federal de 1988, ao incorporar na sua principiologia estes direitos, o que caracterizou a passagem do liberal ao social-econômico, passou a necessitar de toda uma legislação infraconstitucional condizente com esta nova realidade.

Neste contexto, por se tratar, no caso brasileiro, de um Estado do Bem-Estar Social e de uma “[...] Constituição comprometida com valores de cunho transindividual e com a realização da justiça social [...], os bens jurídico-penais precisam ser vistos como concretizações dos reais interesses dos indivíduos, diretos ou indiretos¹⁰⁸”. Com efeito, para a concretização destes interesses, ou seja, para a efetivação dos Objetivos Fundamentais da República, a Ordem Econômica Constitucional, juntamente com a sua principiologia, desempenha função estratégica. Justamente por isso, é que se verifica a possibilidade – e a necessidade –, a partir do Direito Penal Econômico e da sua concepção transindividual, difusa e coletiva de bem jurídico, de proteger a Ordem Econômica Constitucional enquanto garante de todo um projeto – Constituição Republicana de 1988 – constitucional de sociedade.

3.1 O Estado Democrático de Direito, enquanto Estado Social, pode ser considerado como bem jurídico passível de proteção pelo Direito Penal Econômico?

O Estado brasileiro, enquanto Estado do Bem-Estar Social, conforme já fora demonstrado, apresenta inúmeras peculiaridades, todas elas verificadas na Constituição Federal de 1988, que permitem perceber, substancialmente, a existência, neste modelo constitucional de Estado, de direitos e garantias que transcendem a tutela individual. Dessa forma, no que se refere à história política e jurídica pátria, ao se constatar avanços e retrocessos relativos à constituição obrigacional do Estado, isto é, do modelo liberal ao modelo democrático-social, se pode dizer que o Estado contemporâneo, especificamente no Brasil, representa – e deverá conduzir a – um projeto de sociedade, um ideal, uma revolução¹⁰⁹ consubstanciada por meio de princípios constitucionais,

105 COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 53.

106 Daí que tenha todo o sentido colocar-se esta indeterminação como fulcral para a caracterização do direito penal económico. COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 54.

107 COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 53-54.

108 FISCHER, Douglas. *Delinquência económica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006, p. 122.

109 Nella politica come nella scienza è venuta meno la coscienza di una possibile rivoluzione, di un progetto di futuro come

sejam eles relativos à dignidade humana, à existência digna, sejam, também, relacionados com a justiça social, com os valores sociais do trabalho.

Este estado de coisas, constitucional e juridicamente delimitado, não representa somente promessas e ideais políticos ou, mesmo, meras intenções, mas sim representa, sobretudo, a normatização dos anseios populares reivindicados na Assembleia Nacional Constituinte, instaurada em 1º de fevereiro de 1987. Assim, a Carta Constitucional de 1988, que constituiu o Estado do Bem-Estar Social, apresenta, em seu texto, direitos e garantias que, direta ou indiretamente, caracterizam-se como bens jurídicos, uma vez que estas características, é dizer, estes bens jurídicos, é que compõem, estruturalmente, o Estado. O que se quer dizer com isso é que para a análise realizada neste trabalho e para que seja possível responder à pergunta formulada acima, torna-se fundamental compreender estes bens jurídicos – direitos e garantias – como fragmentos de um bem jurídico maior.

O bem jurídico maior é o Estado do Bem-Estar Social, pois além de ser constituído por fragmentos – bens jurídicos – constitucionais, também se mostrar como condição de possibilidade à manutenção e à efetivação destes fragmentos. Com isso, verificada a imprescindibilidade do Estado para a execução do projeto de sociedade – econômico e social – contido no Texto Constitucional pátrio, levando-se em consideração a concepção da eficácia vertical¹¹⁰ dos direitos fundamentais, se pode dizer que o Estado brasileiro, enquanto Estado do Bem-Estar Social, é um bem jurídico passível de ser protegido pelo Direito Penal Econômico, porquanto que “[...] garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político¹¹¹”.

Dessa maneira, assentada a concepção de que o Estado do Bem-Estar Social é um bem jurídico passível de ser protegido pelo Direito Penal Econômico, passar-se-á à análise da forma – e dos fundamentos – desta proteção. Em um primeiro momento, de acordo com a verificação relativa à legislação destinada à proteção da Ordem Econômica Constitucional, percebe-se, fundamentalmente, que as legislações que tipificam os delitos econômicos encontram-se espraiadas em diversos diplomas legais. Dito de outra forma, estas disposições, constitucionais e infraconstitucionais, “[...] destinam-se a combater ou atenuar o poder de controle das mais variadas formas de concentração econômica sobre os mercados, bem como tutelar a concorrência, a fim de impedir [...]”¹¹² quaisquer violações ao projeto constitucional de desenvolvimento econômico e social.

No que se refere à Constituição de 1988, conforme já fora demonstrado no decorrer deste texto, o artigo 174, *caput*, estabeleceu que o Estado, enquanto agente normativo e regulador, fiscalizará, incentivará e planejará, tanto para o público quanto para o privado, a atividade

cammino dell'umanità verso la salvezza. PRODI, Paolo. *Il tramonto della rivoluzione*. Bologna: Il Mulino, 2015, p. 103.

110 [...] Depreende-se que pelo alcance e indeterminação do conceito de Estado de direito, cabe ao legislador a tarefa de eleger a concretização normativa de um preceito constitucional diante das alternativas que se revelam possíveis, em conformidade com a constituição, situação que também se assemelha à realidade de muitos direitos fundamentais, que dependem de regulamentação para a sua efetivação plena. Mas as semelhanças não param por aí. O fundamento do Estado de direito em sentido material está no reconhecimento dos direitos fundamentais que, com ponto de partida na garantia da dignidade humana, promovem segurança, liberdade e igualdade social. DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

111 BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 40.

112 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 49.

econômica. O que se depreende desta assertiva é que a Carta Constitucional, de maneira genérica, delimitou a atuação do Poder Público, relegando à legislação infraconstitucional a tutela efetiva da ordem econômica. Em consequência disso, por ser a Ordem Econômica Constitucional um centro operativo de convergência, já que possui um instrumento político, jurídico e econômico que converge com vistas a um fim, qual seja, a realização dos Objetivos Fundamentais da República (justiça social), a legislação infraconstitucional, a partir dos pressupostos constitucionais, passou a tutelar, na esfera criminal, a Ordem Econômica Constitucional.

Para este trabalho, a Ordem Econômica Constitucional exerce fundamental importância. Por isso, em razão da inviabilidade de se realizar uma análise de todas as legislações relativas à criminalidade econômica, analisar-se-á, além dos dispositivos constitucionais acima discutidos, o artigo 4º, da Lei 8.137/1990, com a redação dada pela Lei 12.529/2011. Isto porque o dispositivo citado busca tutelar e, principalmente, produzir efeitos, tanto direta quanto indiretamente, nas promessas constitucionais. Ou seja, a tutela direta, é concernente à proteção da Ordem Econômica Constitucional. A indireta, necessariamente, é relativa à concretização-efetivação dos Objetivos Fundamentais da República ou, melhor, do próprio Estado do Bem-Estar Social.

Neste âmbito, o artigo 4º, da Lei 8.137/1990, a partir da redação dada pela Lei 12.529/2011, constituiu, como crime contra a ordem econômica, o abuso do poder econômico, bem como a formação de acordo, convênio, ajuste-aliança entre ofertantes, de modo a visar a fixação – artificial – dos preços, o controle regional do mercado e o controle, eliminando a concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Com efeito, a relação-afirmação que se pretende construir, por meio desta análise, é a seguinte: a Ordem Econômica Constitucional é imprescindível à efetivação dos Objetivos Fundamentais da República. O que se quer dizer por meio disso é que, partindo-se para a análise constitucional, torna-se possível perceber que a liberdade para concorrer e a função social dos resultados desta concorrência, a primeira direta e a segunda indiretamente, perfazem o conteúdo da Lei.

Dessa forma, há, por assim dizer, uma relação de dependência, por parte dos Objetivos Fundamentais da República, com relação à defesa-proteção-garantia do projeto econômico constitucional. Assim, do artigo 4º, da já referida Lei, se depreende a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa, “[...] fundamentos basilares da ordem econômica. Desse modo, as ações que colocam em perigo ou efetivamente violam essa liberdade, assegurada constitucionalmente a todos, configura, crime contra a ordem econômica¹¹³”. Dito isso, se pode extrair, deste conceito, três concepções que se encontram interligadas, quais sejam: abuso do poder econômico, domínio e mercado. O abuso do poder econômico¹¹⁴, portanto, significa que alguém, através do excesso de uso do poder e/ou do direito ou da utilização inadequada de ambos, obtém vantagens em detrimento de outrem, verificando-se, entre estas vantagens, o domínio do mercado e a eliminação, total ou parcial, da concorrência.

Neste mesmo sentido, ainda com relação às três concepções que constituem o crime contra a ordem econômica, dominar significa “estar em condições de impor sua vontade sobre o mercado, e isso independe de o domínio ser exercido em apenas uma parcela pequena do território

113 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 50.

114 O conceito de abuso do poder econômico não é de fácil delimitação, pois envolve a conjugação de uma série de situações caracterizadoras do exercício abusivo do poder econômico, o que cria o risco de imprecisão conceitual, rechaçável desde o ponto de vista do princípio da legalidade, em especial sua vertente da determinação. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

nacional [...]”¹¹⁵. A dominação poderá ser nacional, regional ou, até mesmo, local. A terceira e última concepção, que consubstancia a norma penal em comento, é o mercado¹¹⁶, sendo este “[...] o ponto abstrato de convergência entre compradores e vendedores e sua amplitude pode variar geograficamente em virtude das condições retromencionadas¹¹⁷”.

Ademais, após analisar estas concepções, que integram o ilícito já mencionado, discorrer-se-á, analiticamente, sobre a inter-relação delas com os Princípios Gerais da Atividade Econômica e com os Objetivos Fundamentais da República, uma vez que toda esta estrutura, constitucionalmente falando, representa os pilares fundamentais do Estado do Bem-Estar Social. Em decorrência desta inter-relação, ao se retomar a análise do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, torna-se possível extrair o seguinte paralelo: os princípios da “Livre Concorrência”, da “Defesa do Consumidor”, da “Redução das Desigualdades Regionais e Sociais”, da “Busca do Pleno Emprego” e “do Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte” encontram-se umbilicalmente conectados com o conceito de abuso do poder econômico, de dominação e de mercado.

Assim sendo, quando verificado o abuso do poder econômico, do domínio e do mercado, se pode dizer, com relação ao princípio da Livre Concorrência, que há uma restrição ou, até mesmo, a eliminação da disputa entre os concorrentes, pois no momento em que ocorre o abuso de poder ocorre, como consequência lógica, uma espécie de domínio no âmbito da atuação entre os concorrentes, é dizer, no mercado. Neste contexto, no que concerne a outro Princípio Geral da Atividade Econômica, qual seja, o da Defesa do Consumidor, quando apurado o abuso de poder e, com isso, o domínio do mercado, tem-se o enfraquecimento da proteção ao consumidor, o que se percebe a partir da manipulação-regulação-controle dos preços dos produtos ofertados à sociedade.

Outro princípio que também é afetado pelo abuso de poder e pelo domínio do mercado é o da Redução das Desigualdades Regionais e Sociais. Isto porque da prática de controlar o mercado resulta a diminuição da arrecadação de tributos, assim como da circulação de capital, gerando uma concentração de renda nas mãos de poucos. Este raciocínio pode ser aplicado, da mesma maneira, ao princípio da Busca pelo Pleno Emprego. O que se quer dizer com isso é que quando se abusa do poder econômico, com vistas a dominar¹¹⁸ o mercado, há, sobretudo, a interferência na cadeia produtiva, podendo ocasionar, em razão da concentração da atividade econômica por determinados grupos, uma redução relativa à oferta de emprego, juntamente com todos os efeitos econômicos e sociais advindos da diminuição desta oferta (emprego). Por fim, o abuso de poder econômico e a dominação do mercado atentam contra o Princípio do

115 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52.

116 Em sentido geral, o termo designa “um grupo de compradores e vendedores que estão em contato suficientemente próximo para que as trocas entre eles afetem as condições de compra e venda dos demais. Um mercado existe quando compradores que pretendem trocar dinheiro por bens e serviços estão em contato com vendedores desses mesmos bens e serviços. [...] pode ser entendido como o local, território ou não, do encontro regular entre compradores e vendedores de uma determinada economia. [...]A formação e o desenvolvimento de um mercado pressupõem a existência de um excedente econômico intercambiável e, portanto, de certo de grau de divisão e especialização do trabalho. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

117 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 52-53.

118 Assim, a dominação do mercado não diz respeito a toda a atividade econômica, e sim a segmentos delineados, cujos contornos devem ser estabelecidos para caracterizar o tipo, pois, por mais poder econômico e político que se tenha, não há como ocorrer o domínio global da economia do país. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

Tratamento Favorecido para as Empresas de Pequeno Porte. De fato, a partir do momento em que se verifica a dominação, por um grande grupo empresarial, de determinado setor da economia, perceber-se, mesmo que indiretamente, um certo comprometimento, no que diz respeito à criação e à manutenção, de empresas de pequeno porte no território brasileiro, pois de nada adiantaria a Constituição Federal de 1988 favorecer a criação e o desenvolvimento de empresas de pequeno porte se o mercado daquele determinado setor encontra-se repartido entre um conglomerado de empresas.

Após a análise da relação entre os pressupostos que caracterizam o artigo 4º da Lei 8.137/1900 e os Princípios Gerais da Atividade Econômica, passar-se-á, conforme assinalado anteriormente, à verificação da inter-relação – negativa – destes pressupostos com os Objetivos Fundamentais da República. Nesta perspectiva, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos convergem, juntamente com a Ordem Econômica Constitucional, para a realização da justiça social. Todavia, ao se falar em abuso de poder econômico e domínio do mercado pressupõe-se, fundamentalmente, a ocorrência de atos atentatórios à ordem econômica, atos que inviabilizam a concretização dos objetivos acima mencionados.

Com efeito, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, quando idealizada, como é o caso brasileiro, a partir de um desenvolvimento econômico voltado à realização da justiça social, o abuso de poder econômico (uma vez que este tende, progressivamente, a dominar o mercado) restringe a liberdade, pois, ao dominar o mercado, formando conglomerados de empresas para este domínio, ocasiona a redução da concorrência, o que se traduz na ausência – de uma sociedade livre – de liberdade econômica para empreender. Ademais, no que concerne à ideia de justo, torna-se necessário promover o seguinte questionamento: é possível, através do abuso de poder econômico e do conseqüente domínio do mercado, construir uma sociedade justa?

Já a solidariedade, como fim desta sociedade, representa, e busca garantir, a “[...] preponderância da ideia social no constitucionalismo contemporâneo [...]”¹¹⁹, uma vez que se apresenta como objetivo – “[...] generoso e humano de justiça [...]”¹²⁰ – para a República Federativa do Brasil. Desse modo, quando se estabelece o domínio do mercado, tem-se toda uma fragilização do conteúdo axiológico que consubstancia a concepção de solidariedade idealizada na Constituição Federal de 1988, porquanto que quando se concentra, ao redor de poucos, a atividade econômica, há, por assim dizer, a concentração, também ao redor de poucos, dos resultados positivos – emprego, renda, arrecadação de tributos, estes diretamente, e, saúde, educação, segurança, estes indiretamente – que deveriam ser solidarizados.

O objetivo de garantir o desenvolvimento nacional pressupõe, necessariamente, o fomento à inovação, à tecnologia e ao empreendedorismo, de modo que cada vez mais, por meio da liberdade para concorrer, seja possível desenvolver o Brasil, explorando, sustentavelmente, as suas potencialidades. No entanto, o que se percebe, em tempos de corrupção sistêmica e de cartelização da economia, muitos conglomerados empresariais, em razão de dominarem o mercado, não desenvolvem tecnologia, não inovam e, principalmente, não empreendem. Por

119 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 204.

120 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 204.

outras palavras, em um cenário de economia cartelizada, ao se verificar um déficit concernente à livre concorrência, se verifica também a desnecessidade em produzir tecnologia, em inovar e em empreender, o que acaba comprometendo o desenvolvimento nacional.

Ainda com relação aos Objetivos Fundamentais da República, mais especificamente no que diz respeito à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades regionais, a prática de dominar o mercado, a partir do abuso do poder econômico interfere, diretamente, na efetivação destes objetivos. O que se quer dizer com isso é que ao ocasionar a redução de postos de trabalho, a não distribuição – concentração – de renda, a diminuição na arrecadação de tributos, juntamente com os déficits em saúde, em educação, assim como em segurança pública, a cartelização do mercado-economia acarreta a não erradicação da pobreza-marginalização e a não redução das desigualdades.

Por fim, com relação ao último dos Objetivos da República, o de promover o bem de todos, se pode dizer, fundamentalmente, que a Ordem Econômica Constitucional, no artigo 170, *caput*, funda-se na valorização do trabalho e na livre iniciativa, de modo a assegurar – a todos – a existência digna. Esta finalidade, garantir a existência digna, decorre também, em termos de fundamento, do artigo 3º, inciso IV, do Texto Constitucional de 1988. Entretanto, em um cenário econômico dominado por conglomerados empresariais, se pressupõe a concentração dos resultados, obtidos através da atividade econômica, nas mãos de poucos, ou seja, a promoção do bem de todos, enquanto Objetivo Fundamental da República, que deverá resultar do trabalho e da livre iniciativa, estes fundamentos da Ordem Econômica e Financeira Constitucional, transformam-se, em face do abuso de poder econômico e do domínio do mercado, na promoção do bem de poucos.

Portanto, para a pergunta formulada inicialmente, se o Estado Democrático de Direito, enquanto Estado Social, pode ser considerado como bem jurídico passível de proteção pelo Direito Penal Econômico, encontrou-se, após todo o exposto, uma afirmação positiva, pois o Estado do Bem-Estar Social, constituído por fragmentos – bens jurídicos – constitucionais, é, indubitavelmente, um bem jurídico maior, uma vez que é condição de possibilidade à manutenção e à efetivação dos direitos e das garantias postos na Constituição de 1988. Fato é que, além do ordenamento jurídico constitucional, a legislação infraconstitucional passou a tutelar, na esfera criminal, por meio do artigo 4º, da Lei n.º 8.137/1990, com a redação dada pela Lei n.º 12.529/2011, a Ordem Econômica Constitucional, de maneira direta, e os Objetivos Fundamentais da República, de maneira indireta.

Assim, ao se considerar o Estado do Bem-Estar Social como bem jurídico passível de proteção pelo Direito Penal Econômico, se constatou que, sem a proteção e a efetivação da Ordem Econômica Constitucional e dos Objetivos Fundamentais da República, não há Estado, seja ele liberal ou, também, social-do bem-estar. Isto porque o domínio do mercado, através do abuso de poder, compromete o núcleo axiológico deste modelo estatal, comprometido com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza e com a promoção do bem de todos. Por outras palavras, se o Estado é o garante de todo este projeto – econômico e social – de sociedade, deve-se, tanto pela Carta Federal de 1988 quanto pela legislação infraconstitucional, tutelá-lo-protegê-lo.

3.2 Entre o Direito Penal Econômico e o Princípio Constitucional da Isonomia: de como a igualdade entre os atores econômicos é condição de possibilidade à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil

A discussão que ora se apresenta não diz respeito à aplicação ou à possibilidade de aplicação do Direito Penal Econômico em face dos crimes que atentam contra o sistema econômico brasileiro. Antes de tudo, ao realizar toda uma análise a partir da história do movimento constitucional, esta discussão buscou apresentar uma sustentação constitucional e, ao mesmo tempo, demonstrar, também por esta via, a necessidade de se construir e de se desenvolver um Direito Penal que seja destinado a tutelar-protetor bens jurídicos transindividuais, coletivos e difusos. É por isso que a narrativa objetivada até este momento abordou, fundamentalmente, questões estratégicas concernentes ao Estado do Bem-Estar Social enquanto bem jurídico passível de ser protegido pelo Direito Penal Econômico.

Dessa forma, a proteção da Ordem Econômica Constitucional, o cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República, bem como a tutela do Princípio da Livre Concorrência em razão da cartelização da economia, ou seja, a manutenção do Estado prestacional propriamente dito, delineado pela Constituição brasileira de 1988, dependem da consolidação, enquanto construção doutrinária, dogmática e jurisprudencial, deste Direito, novo no Brasil, que tem, como finalidade precípua, garantir a ordenação econômica do e pelo Estado posta pelo sistema jurídico-constitucional. Logo, de acordo com o que já fora discutido anteriormente, uma vez que se desconhece um modelo de constitucionalismo que não esteja pautado pela igualdade e pela liberdade, afirma-se, no âmbito deste trabalho, que a igualdade entre os atores econômicos é condição de possibilidade à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil.

Em consequência desta afirmativa, passar-se-á, em um primeiro momento, à análise da igualdade-isonomia como princípio constitucional e, após esta verificação, buscar-se-á inter-relacionar, lançando o Direito Penal Econômico como garante para esta inter-relação, este princípio com a Ordem Econômica Constitucional e com o cumprimento dos Objetivos Fundamentais da República. Assim, no que se refere ao tema abordado, ao situá-lo no âmbito de uma democracia econômica e social e, principalmente, em face do Texto Constitucional de 1988 e do Estado do Bem-Estar Social desenvolvido por ele, não se deve “[...] interpretar o princípio da igualdade como um <<princípio estático>> indiferente à eliminação das desigualdades [...]. Isto poderia significar [...] quer a relativização do princípio da igualdade, quer a relativização do princípio da democracia social¹²¹”.

É neste sentido que a Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, *caput*, do Capítulo I (Dos Direitos e dos Deveres Individuais e Coletivos, no Título II, dos Direitos e das Garantias Fundamentais), asseverou que todos são iguais, no que diz respeito ao tratamento legal, explicitando a inexistência de qualquer distinção, de modo que aos brasileiros, e também aos estrangeiros residentes no País, seja garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Este fio condutor, em termos principiológicos, condicionou a estrutura constitucional, seja com relação aos Objetivos

121 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 350.

Fundamentais da República, seja, também, com relação à Ordem Econômica Constitucional, a um agir estatal¹²² que, ao fim e ao cabo, deverá garantir, de maneira isonômica, a igualdade de oportunidades destinada à obtenção dos benefícios advindos da ordem social e da ordem econômica.

Dito de outra forma, “[...] o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de direito (*rechtsstaatliche Chancengleichheit*) e um princípio de igualdade de democracia econômica e social (*sozialstaatliche Chancengleichheit*)¹²³”. Com isso, do Direito Penal Econômico ao Princípio Constitucional da Isonomia, verifica-se que para a consolidação deste direito, enquanto condição para a proteção do bem jurídico Estado do Bem-Estar Social, ao contrário do que fora no Estado Liberal, necessita-se questionar “[...] a proposição político-criminal de que o direito penal deve ser a *ultima ratio* do arsenal regulador que o Estado democrático dispõe¹²⁴”. Todavia, esta discussão, por conta da proposta inicial, não será realizada neste trabalho.

Neste contexto, quando se fala em democracia econômica e social e em Princípio Constitucional da Isonomia, se extrai, de imediato, duas assertivas: a de que a economia, de maneira igualitária, atenderá à justiça social (artigo 3º, da Constituição de 1988), e a de que todos, em condições de igualdade, terão acesso à atividade econômica (artigo 170, do Texto Constitucional) ou aos frutos desta atividade. O núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil (artigo 3º e artigo 170 da Carta Magna) dependerá, para a sua efetivação, da promoção, por parte do Poder Público, da igualdade de condições entre os competidores. Dessa maneira, quando se fala em igualdade no cenário econômico, se deve levar em consideração a concepção de simultaneidade, porquanto que não se afasta, do princípio da Livre Concorrência, o “[...] sentido de *disputa* ou de *competição*, apresentada sobre a mesma coisa, o que, em realidade o é, embora queira indicar a *igualdade de direitos* entre os disputantes¹²⁵”.

Portanto, sem igualdade entre os concorrentes, não há livre concorrência. Em razão disso, é que se estabeleceu, inicialmente, a relação entre Direito Penal Econômico e Princípio Constitucional da Isonomia. Isto porque da eliminação-limitação da igualdade entre os concorrentes-empresas, capitaneada pelo abuso de poder econômico com vistas a dominar o mercado, resulta a necessidade de se preservar-tutelar a ordem econômica de matriz constitucional, pois por meio dela é que será possível concretizar-materializar os Objetivos Fundamentais da República. Para que haja, através do desenvolvimento da atividade econômica, a concretização destes objetivos, deverá surgir a obrigatoriedade, conforme inciso IX, da Constituição de 1988, do Estado, enquanto Estado do Bem-Estar Social, de “[...] fomentar a pequena e a média empresa, a fim de que não pereçam ante as grandes, em especial por meio da fixação artificial de preços e do controle sobre as redes de distribuição ou de fornecedores [...]”¹²⁶.

Neste sentido, “[...] a *concorrência* vem a ser a situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze da supremacia em virtude

122 [...] Garantia de oportunidades e não apenas de uma certa <<justiça de oportunidades>>. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 351.

123 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 351.

124 COSTA, José de Faria. *Direito penal econômico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003, p. 25.

125 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 54-55.

126 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva [...]”¹²⁷ de recursos públicos. Há de se reconhecer, portanto, que a igualdade entre os atores econômicos não se coaduna com o abuso de poder econômico, com a formação de acordo, convênio, ajuste ou aliança entre os concorrentes e com a fixação artificial de preços. Por isso, a partir do momento em que passou a propor a tutela da ordem econômica, delimitando as condutas que atentam contra a livre concorrência no âmbito mercadológico, o Direito Penal Econômico nada mais fez do que buscar garantir a igualdade entre (e para) os concorrentes.

Pode-se perceber ainda, de acordo com a análise, em especial, do art. 4º, da Lei n.º 8.137/90, que as condutas tipificadas nele buscam condicionar a concorrência empresarial a uma disputa pautada pela igualdade de possibilidades ou, até mesmo, de êxito, entre os concorrentes. A confirmação disso se extrai do caput deste artigo, seguido de seus incisos e alíneas, que apontam como crime contra a ordem econômica o abuso de poder econômico, cujo domínio do mercado, mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas, acarreta na eliminação total ou parcial da concorrência; e a formação de acordo, convênio, ajuste-aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços, ao controle regionalizado do mercado e ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Assim sendo, a criminalização destas condutas “[...] propicia que os capitais circulem livremente entre os vários ramos e setores [...]”¹²⁸ da economia, ou seja, deverá propiciar, de fato, que os concorrentes, em um cenário em que haja o equilíbrio de forças, concorram sob a égide da igualdade advinda da Lei.

Esta abordagem, efetuada de maneira geral, não discorreu acerca das particularidades do artigo 4º, da já referida Lei. Desse modo, em decorrência da finalidade inicialmente proposta, realizar-se-á, sucintamente, a análise das particularidades deste dispositivo, uma vez que as mesmas demonstram a finalidade explícita e implícita da tutela-proteção da ordem econômica construída pelo Texto Constitucional brasileiro. Nesta perspectiva, o inciso I, do artigo supramencionado, ao tratar do abuso do poder econômico, mediante a qualquer forma de ajuste ou de acordo entre empresas¹²⁹, vinculou a ocorrência deste ajuste ou deste acordo entre empresas à prática de um fato punível (quando verificados o abuso de poder econômico e a dominação do mercado). Isto quer dizer que para o Direito Penal Econômico ajuste significa “[...] o acordo, livre e consciente, feito entre vários indivíduos com o objetivo de praticar um fato punível”¹³⁰.

Ademais, no que concerne ao inciso II, do já referido artigo, se pode dizer que quando o mesmo criminaliza a formação de acordo, de convênio, de ajuste ou aliança entre os ofertantes, busca, ao mesmo tempo, evitar “[...] a celebração de convenções para dominar o mercado ou eliminar, total ou parcialmente, a concorrência”¹³¹. No âmbito da criminalidade econômica, tanto a formação de convênio quanto a formação de aliança pressupõem uma certa identidade acerca das vontades e das finalidades. Significa que “o *convênio* é o instrumento de declaração de vontades que se encontram e se integram, dirigindo-se, todas elas, a um objetivo comum,

127 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

128 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

129 A *empresa*, elemento normativo jurídico, é a organização técnico-econômica que se propõe a produzir, mediante a combinação dos diversos elementos, natureza, trabalho e capital, bens ou serviços destinados à troca (venda), com esperança de realizar lucros, correndo os riscos por conta do *empresário*, isto é, daquele que reúne, coordena e dirige esses elementos sob sua responsabilidade. PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 56.

130 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55-56.

131 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

sem que, portanto, umas às outras se oponham [...] ¹³²”, o que requer a inexistência de oposição e existência de comunhão de interesses. Por outro lado, “a *aliança* é o acordo, a coligação feita entre instituições ou pessoas para um fim comum ¹³³”.

Na análise do mesmo inciso, porém, “a alínea a [...] dispõe sobre as condutas que visem à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas. A *fixação artificial* é aquela oriunda de concerto entre ofertantes. Caracteriza-se pelo acordo feito entre estes no intuito de fixar [...] ¹³⁴” os preços e/ou as quantidades vendidas e/ou produzidas, com vistas a dominar-eliminar, total ou parcialmente, a concorrência. No dispositivo em discussão, “tem-se o que se denomina *preços concertados*, que podem ter como finalidade tanto o aumento como a redução dos preços. Nesse sentido, pouco importa a eventual razoabilidade de preços fixados entre concorrentes, pois [...] ¹³⁵” a sua uniformidade é anticoncorrencial.

A alínea b, que discorre acerca do controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas, se refere “[...] àquele efetuado e concentrado em determinada região, ou seja, quando certo segmento de atividade econômica, em determinada base territorial, passa a ser explorado por empresa ou grupo de empresa ¹³⁶”. Não se quer dizer com isso que para que haja o controle do mercado, seja necessária a dominação total de um determinado setor produtivo. Para a configuração deste controle, se deve levar em consideração a ideia correspondente à presunção de controle, sendo esta relativa “[...] ao percentual de 20% ou mais, estabelecido pela Lei 12.529/2011 (art. 36, §2.º). Assim, se as operações desenvolvidas são dessa ordem, caracterizado está o controle ¹³⁷”.

Especificamente no que condiz à alínea c, ao tipificar, como crime contra a ordem econômica, o controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores, torna-se imprescindível, para esta caracterização, além do que já fora exposto acima, que o controle seja exercido em prejuízo da concorrência, isto é, “[...] em prejuízo da competição ou disputa que deve existir na seara comercial, industrial ou econômica e que nada mais é que a consagração da livre iniciativa, prevista como um dos fundamentos da ordem econômica ¹³⁸”.

De tudo isso, a discussão desencadeada – entre o Direito Penal Econômico e o Princípio Constitucional da Isonomia – possibilitou perceber que o direito da criminalidade econômica se apresenta como um instrumento de estabilização constitucional, pois dele dependem a proteção da Ordem Econômica Constitucional, dos Objetivos Fundamentais da República e, principalmente, a tutela do Estado do Bem-Estar Social enquanto bem jurídico maior. Portanto, tanto o Direito Penal Econômico quanto o Princípio Constitucional da Isonomia, enquanto elementos para a realização da Constituição brasileira de 1988, são condição de possibilidade à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil.

132 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

133 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

134 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

135 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 57.

136 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

137 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

138 PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 58.

4 Considerações finais

Ainda que se esteja longe de qualquer conclusão, mesmo que relativa, acerca da possibilidade de se proteger a Livre Concorrência, no presente trabalho, de maneira sucinta, se buscou demonstrar, em duas partes, as transformações do Estado e do constitucionalismo brasileiro no que diz respeito à ordem econômica e social, bem como do Direito Penal Econômico enquanto condição para a tutela da Ordem Econômica Constitucional.

Na primeira delas, se referiu ao Estado Democrático de Direito como Estado do Bem-Estar Social, inter-relacionando os seus dilemas e as suas promessas (constitucionais). Ademais, por se tratar, no caso brasileiro, de uma democracia econômica e social, se discutiu sobre capitalismo de mercado e Ordem Econômica Constitucional intervencionista-social, uma vez que a Constituição Federal de 1988, por meio de uma economia de mercado, busca estabelecer os parâmetros para a realização dos Objetivos Fundamentais da República. Por fim, se verificou, também, a possibilidade de se garantir o Princípio Constitucional da Livre Concorrência ante a cartelização da economia.

Após esta análise se percebeu, em um primeiro momento, que somente haverá Estado Democrático de Direito, enquanto Estado do Bem-Estar Social, se a ordenação do núcleo sócio-econômico da Constituição (se a ordenação dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, verificados a partir do Artigo 170 da Constituição Federal de 1988) estiver em condições de concretizar, principalmente através da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, a existência digna como corolário da justiça social.

Neste mesmo sentido, verificou-se que a função da Ordem Econômica Constitucional é estabelecer uma referência entre o conjunto normativo econômico-constitucional e a realização dos Objetivos Fundamentais da República, de modo que a partir da estruturação constitucional, é dizer, da responsabilidade, da vinculação, das sanções e do procedimento, seja possível tutelar a ordem econômica e executar a sua função relativa à promoção de um projeto – constitucional – de desenvolvimento (Objetivos da República).

Também se constatou, ao se desenvolver esta temática, a partir dos objetivos inicialmente traçados, que a cartelização da economia, que atenta contra o econômico e o social, não possui somente consequências diretas, mas sim possui consequências indiretas que, a médio e a longo prazo, atentam contra os pressupostos constitucionais que consubstanciam a realização da justiça social, levando-se em consideração que a liberdade e a igualdade, duas das principais características do movimento constitucional, adotadas pela Constituição Federal de 1988, rejeitam, pela simples compreensão da formação e da manutenção do cartel, qualquer possibilidade de abuso do poder econômico, pois em um cenário econômico cartelizado não há livre concorrência.

Na segunda forma de demonstração, se buscou explicitar a passagem do Direito Penal Liberal ao Direito Penal Econômico, questionando-se sobre a possibilidade deste de proteger a ordem econômica de matriz constitucional. Além disso, ao se discorrer acerca do Estado Democrático de Direito, enquanto Estado Social, se deve concluir, como resultado desta investigação, que o Estado do Bem-Estar Social pode ser considerado como bem jurídico passível de ser protegido pelo Direito Penal Econômico. Neste contexto, se concluiu, também, que a igualdade entre os atores econômicos é condição para a efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil.

Todas estas verificações culminaram, fundamentalmente, nos seguintes resultados. O primeiro deles diz respeito às transformações referentes aos direitos fundamentais, da primeira à terceira dimensão, levando-se em consideração que os valores tutelados pelo direito ou, melhor, pelas Constituições, a começar pelo segundo pós-guerra, apontaram para o surgimento dos chamados direitos transindividuais, difusos e coletivos, porquanto que, ao fim e cabo, a Constituição Federal de 1988 passou a necessitar de toda uma legislação infraconstitucional condizente com esta nova realidade, o que condicionou o surgimento da possibilidade, por meio do Direito Penal Econômico e da sua concepção transindividual, difusa e coletiva de bem jurídico, de proteger a Ordem Econômica Constitucional enquanto garante de todo um projeto constitucional de sociedade.

Já o segundo condiz à afirmação positiva de que o Estado do Bem-Estar Social pode ser considerado como bem jurídico passível de proteção pelo Direito Penal Econômico, uma vez que constituído por fragmentos – bens jurídicos – constitucionais, apresenta-se como um bem jurídico maior, sendo, por isso, imprescindível à manutenção e à efetivação dos direitos e das garantias postos no Texto Constitucional de 1988.

Nesta lógica, do terceiro resultado se concluiu que o direito da criminalidade econômica poderá se mostrar como um instrumento de estabilização constitucional, pois dele dependem a proteção da Ordem Econômica Constitucional, dos Objetivos Fundamentais da República e, fundamentalmente, a tutela do Estado do Bem-Estar Social enquanto bem jurídico maior, ou seja, tanto o Direito Penal Econômico quanto o Princípio Constitucional da Isonomia são condição de possibilidade à efetivação do núcleo socioeconômico da República Federativa do Brasil.

Portanto, ao se relacionar esta temática com a atual realidade brasileira, os resultados obtidos demonstram uma abertura – possibilidade – do ordenamento jurídico, via direito penal econômico, para a proteção do sistema econômico-constitucional. Todavia, a construção proposta neste estudo, em termos democráticos, é histórica, progressiva e necessitará da participação de todos sob a condição, social e juridicamente possível, de se proteger a Ordem Econômica Constitucional, efetivar os Objetivos Fundamentais da República e, acima de tudo, realizar o Estado do Bem-Estar Social no e do Brasil.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado social ao Estado liberal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- BOERI, Tito. *Populismo e Stato Sociale*. Roma: Editori Laterza, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Estado Adjetivado e a Teoria da Constituição*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, nº 56, Porto Alegre, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- COSTA, José de Faria. *Direito penal económico*. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.
- CUNHA, Paulo Ferreira da Cunha. *Constituição, crise e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.
- DUQUE, Marcelo Schenk. *Curso de direitos fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2016.
- FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: FCE, 2000.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas: movimentos e regimes*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.
- MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- PRODI, Paolo. *Il tramonto della rivoluzione*. Bologna: Il Mulino, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico: parte geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. *Ciência Política & Teoria do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.