

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO
ECONÔMICO BRASILEIRO.**

ANNE CAROLINE MARCIQUEVIK ALVES

Curitiba, setembro de 2006

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO
BRASILEIRO.**

**Prof. Orientador: Dr^a. Ângela Cássia Costaldello.
Prof. Co-Orientador: Dr. Egon Bockmann Moreira.**

Trabalho apresentado como requisito parcial à
obtenção do grau de Bacharel em Direito pela
acadêmica ANNE CAROLINE MARCIQUEVIK
ALVES.

RESUMO:	III
1. INTRODUÇÃO	1
2. O ESTADO INTERVENTOR:	3
2.1. Notas sobre o conceito de Estado Capitalista:	3
2.1.1. Estado Liberal:.....	5
2.1.2. Estado Social:.....	7
2.1.3. Estado Regulador:.....	11
2.2. Proposta de conceito de Intervenção do Estado no Domínio Econômico:	13
2.2.1. Atuação do Estado no domínio econômico de forma indireta (ou em sentido amplo):	18
2.3. Atividade Econômica do Estado de forma Direta (ou em sentido estrito):	20
3. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO ENQUANTO AGENTE INTERVENTOR.	24
3.1. Referências Históricas acerca da atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico: a Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras do Século XX.	24
3.2. Notas sobre a Ordem Econômica na Constituição de 1988.	34
3.3. As reformas do Estado a partir de 1995: as Privatizações.	38
4. A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.	42
4.1. Premissa: A possibilidade de atuação direta do Estado enquanto empresário (o disposto no art. 173 da Constituição Federal).	42
4.2. Distinção entre Intervenção em sentido estrito e prestação de serviço público.	45
4.3. Natureza Jurídica das Empresas Estatais e sua relevância na intervenção direta do Estado no Domínio Econômico.	49
5. REQUISITOS À INTERVENÇÃO: VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL, SUBSIDIARIEDADE E DIGNIDADE HUMANA.	54

Sumário

5.1. A intervenção do Estado no domínio econômico como forma de preservação do relevante interesse coletivo e da segurança nacional.....	54
5.2. A Atuação Direta do Estado no Domínio Econômico: o princípio da subsidiariedade e a necessidade de uma atuação sensata.....	58
5.3. A Intervenção Direta do Estado no Domínio Econômico como alternativa de materialização dos direitos fundamentais, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.....	62
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

Primeiramente, preciso agradecer ao passado, às lições de amor, perseverança, fé, coragem e dignidade que estas pessoas me transmitiram. Meus exemplos, para toda a vida (do que fazer e do que não fazer). Nada seria possível, em minha vida, sem, ao menos, à sua temporária presença... Por isso, este trabalho é dedicado às memórias de: Cassimiro Marciquevich, Dalva Lopes Marciquevik, Ivan Alves e Luis Carlos Vieira Uglhiano (a vocês, por tudo!)

O cotidiano nos traz lições e nos mostra o significado da superação. Sem as dificuldades, não há sabor tão doce nas vitórias: à minha mãe, Rosângela, exemplo de força e coragem, pelos conflitos, diferenças e semelhanças;

Sem amigos, não somos nada! Amizade é algo maior que simplesmente compreender, é conhecer, confiar, partilhar as vitórias e derrotas, sempre: à Cláudia e à Ítala, irmãs que escolhi, pela paciência e pelo ombro amigo sempre presentes;

E ao futuro, construído à base de compreensão, amizade, companheirismo e amor: Rafael, porque você é pra sempre!

Agradeço primeiramente a Deus, pela existência e pela oportunidade de desenvolver este trabalho

Agradeço à Faculdade de Direito da UFPR, pela referência e pelos amigos que fiz;

E em especial à paciência, auxílio e incentivo do Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, sem cujas lições a paixão pelo Direito Econômico jamais teria surgido.

RESUMO:

A intervenção direta do Estado no domínio econômico se apresenta como tema relevante, sobretudo, na realidade brasileira. Isto porque diante da impossibilidade dos agentes econômicos privados manterem, por si próprios, o equilíbrio do mercado e a solução das falhas eventualmente apresentadas, a intervenção se mostra como a saída mais eficiente para a solução destas questões. Além de um mecanismo para a solução das possíveis falhas mercadológicas, a atuação direta do Estado no domínio econômico se mostra relevante também enquanto agente de preenchimento de ramos da atividade econômica em que os agentes privados não atuam de forma suficientemente satisfatória. Diante disso, a análise da atuação direta do Estado no domínio econômico se mostra relevante na medida em que se verificam as condições de aplicação do capital público, o destino em que é empregado e o retorno que possivelmente venha a apresentar, principalmente na materialização de políticas públicas e sociais. A análise da evolução histórica desta ação na realidade constitucional brasileira e a sua efetividade atual demonstram claramente a relevância deste fenômeno jurídico-econômico-social para a realidade brasileira. A conceituação, a relação desta atuação com condições estabelecidas no texto constitucional e a sua ligação com a materialização dos princípios da República apresentam-se como elementos do desenvolvimento do presente estudo.

Palavras-chave: intervenção do Estado no domínio econômico, art. 173 CF.

1. INTRODUÇÃO

Analisar a atuação econômica do Estado, seus pressupostos e efeitos, bem como as condições indispensáveis para a sua efetividade se mostra como variantes da realidade histórica e jurídica quando do estudo desta atuação.

A intervenção do Estado no domínio econômico é uma atuação característica dos Estados capitalistas. Estados que tem em seu texto constitucional, como principal distinção quando trata da ordem econômica, a celebração ampla das liberdades individuais e coletivas, especialmente a livre concorrência e a livre iniciativa, como também a consagração expressa do direito de propriedade privada.

Quando se estuda a atuação do Estado brasileiro, a sua evolução histórica, suas variações e a profunda transformação do modelo interventivo, vislumbra-se, claramente, a tentativa de superação do modelo liberal; que jamais existiu em concreto; a sua substituição por um modelo de Estado Social; também não efetivado de forma absoluta, e a gradativa tentativa superação deste modelo para estabelecer uma proposta regulatória de Estado. Isto evidencia os elementos que demarcaram a atuação do Estado na economia e as influências políticas às quais este modelo sempre esteve submetido.

Conceituar intervenção; avaliar historicamente os seus reflexos na sociedade brasileira, inclusive quanto a sua relação com a consecução de direitos fundamentais, e os resultados políticos a que se propõe; não se apresenta como uma realidade fácil e pautada em conceitos absolutos. A ação pública na economia é, de fato, uma realidade complexa, composta por diversas variantes e influenciada diretamente pela proposta política de cada governante.

O estudo da intervenção, das suas conseqüências jurídicas, políticas e sobretudo, sociais, das condições em que ela racionalmente está disciplinada, se mostra como o resultado de uma indispensável verificação, não apenas acerca da concretização dos dispositivos constitucionais ora vigentes, como também das tentativas do Estado Brasileiro em superar as crises econômicas e de desenvolvimento que marcaram a sua evolução.

A intervenção do Estado no domínio econômico encontra-se, também, vinculada à concretização dos princípios constitucionais que marcam a disciplina da dignidade humana, e condicionada ao princípio da subsidiariedade, essencial a

manutenção da soberania da autonomia privada, característico da Constituição em vigor.

Este trabalho volta-se a apresentar uma evolução histórica da atuação direta do Estado na economia, estruturada a partir de seu conceito jurídico e de uma avaliação, ainda que superficial, das condições em que ela se efetiva; como também das conseqüências sociais que se apresentam como conseqüência desta atuação à sociedade brasileira.

A relevância do estudo das condições em que se verifica o dispêndio de recursos públicos, mostra-se como ponto essencial, especialmente, quando se tem como ponto de partida a realidade política e social de um Estado marcado pelo subdesenvolvimento e cuja sociedade é marcada pelas desigualdades sociais.

2. O ESTADO INTERVENTOR:

2.1. Notas sobre o conceito de Estado Capitalista:

Analisar a idéia de intervenção estatal no domínio econômico traz como pressuposto indispensável à referência acerca do modelo de Estado Capitalista. Como definir o Estado Agente Econômico ou o Estado prestador de serviços sem antes determinar “que Estado é esse que se insere” no domínio econômico privado, mesmo sustentado por uma Constituição que celebra a livre iniciativa, a livre concorrência e consagra a propriedade privada?

O Estado é a mais complexa organização, decorrente tanto da ação social quanto da estrutura normativa; advindo da convivência comum dos indivíduos em sociedade. Apresenta-se, sem dúvidas, como o resultado do processo de civilização pelo qual passou a humanidade através dos tempos.

Isto porque:

“o Estado é uma espécie de sociedade política, ou seja, é um tipo de sociedade criada a partir da vontade do homem e que tem por objetivo a realização dos fins daquelas organizações mais amplas que o homem teve necessidade de criar para enfrentar o desafio da natureza e das outras sociedades rivais. O Estado nasce, portanto, de um ato de vontade do homem que cede seus direitos ao Estado em busca de proteção e para que este possa satisfazer as suas necessidades sempre tendo em vista a realização do bem comum”¹.

O Estado, então, apresenta-se como a conjunção de uma sociedade criada a partir das nas manifestações de vontade do ser humano e da sua necessidade de proteção.

Já no que se refere à idéia de intervenção, destaca-se que não está vinculada a qualquer proposta apresentada de Estado Social² propriamente dito,

¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p. 42-43.

² Diante das dificuldades econômicas advindas com o após-guerra e as crises vividas durante os anos 30 o Estado viu-se obrigado a assumir a responsabilidade de controlar a economia como forma de satisfação imediata das necessidades da população e, principalmente, como forma de superar a crise econômica vivida, verificou-se que “neste estado de coisas, nenhuma mão invisível poderia ressurgir para lançar ordem no progresso econômico e social. Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos, em corresponder às exigências que lhe são feitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral de suas potencialidades. É o Estado que vem reclamar-se de principal responsável pelo curso da Economia, controlando-a, dirigindo-a ou dedicando-se diretamente à produção econômica” MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelho, 1978, 3ª Edição. p. 55-56. Este tema será melhor analisado na seqüência do texto.

mas sim a idéia de Estado Capitalista, consagrador das liberdades individuais e da propriedade privada, principalmente. Isto porque intervenção econômica e Socialismo³ apresentam-se como conceitos diametralmente opostos e que jamais se conjugam.

Esta impossibilidade de co-existência entre os sistemas de economia socialista e o conceito de intervenção do Estado no domínio econômico se dá, especialmente, devido à própria relação de intervenção: só se intervém em domínio que não seja naturalmente seu, nas economias socialistas, a ordem econômica propriamente dita é titularizada pelo Estado.

Diante disso, o capitalismo apresenta-se como pressuposto indispensável ao conceito de intervenção, uma vez que só se cabe falar em intervenção do Estado no domínio econômico quando este for capitalista, ou seja, pautado na consagração das liberdades individuais e coletivas e, no direito de propriedade.

O capitalismo apresenta-se como “um modo-de-produção, cujo fundamento é a separação entre os produtores (:trabalhadores) e as condições objetivas de trabalho (: instrumentos de produção, meios de produção, etc.).”⁴

Entende-se este modo de produção como um “sistema de organização econômica, estruturado na propriedade privada dos bens de produção, isto é, os bens de produção ou capital”⁵, além de materializar-se como um sistema jurídico estruturado de forma condizente a legitimação efetiva da obtenção do lucro.

Somente se fala de intervenção do Estado no domínio econômico, em qualquer dos seus âmbitos de atuação, quando se trata de uma sociedade, estruturada sobre um texto constitucional consagrador das liberdades de mercado. Mas ao se referir ao domínio econômico, está se tratando de que sentido? Tratar da estrutura econômica posta, da realidade mercadológica apresenta-se como um conceito amplo.

³ “A principal característica (do socialismo) vem a ser a justaposição, ou melhor, a coincidência dos planos decisórios político e econômico nas sociedades que o adotam. A primeira consequência institucional decorrente do modelo é a de os bens econômicos, pelo menos os de produção, serem apropriados coletivamente pela sociedade via poder político. Isto porque a propriedade privada implica necessariamente a faculdade do seu titular de dar ao bem a destinação que melhor lhe aprouver, obviamente incompatível com a mencionada centralização de decisões quando o Estado, mediante um órgão próprio, é que lhe caberá dar tal distinção”. NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 4ª Edição, p.108.

⁴ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p.17-18.

⁵ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p.40.

Diante disso, o que é, de fato, a ordem econômica? Esta expressão passou a fazer parte do mundo jurídico a partir da primeira metade do século XX, trata-se, efetivamente, de

“um modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato e não de um conceito normativo ou de valor (é conceito do mundo do ser, portanto); o que caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras e normas reguladoras de relações sociais, mas sim uma relação entre fenômenos econômicos e materiais, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos, conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato;

Em segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica;

Em terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia.”⁶

A ação do Estado, conforme será analisado oportunamente varia de acordo com as posturas políticas adotadas por ele enquanto poder político. Isto porque a própria evolução histórica da estrutura pública mostra uma variação entre a mais completa abstenção e fortes característicos interventores neste mesmo Estado garantidor das liberdades e da propriedade privada.

2.1.1. Estado Liberal:

Parte-se do pressuposto que só se pode analisar a atuação estatal na economia em sistemas de ordem capitalista, dado que em sistemas socialistas ou de economia planificada não há o que se falar acerca da atuação estatal na economia visto que toda ela é titularizada pelo Estado, enquanto a propriedade privada e individual apresenta-se como exceção nesta realidade.

De forma diversa, apresenta-se o modelo capitalista, pautado na celebração da propriedade privada e da livre iniciativa onde a atuação do Estado é exceção.

⁶GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004, 9ª Edição, p.56-58.

É diante dessa diversidade que cabe avaliar a evolução histórica pela qual passou o modelo de Estado que hoje interfere na economia, “o Estado concebido pelas revoluções liberais de oitocentos assentava num princípio de organização política que determinava a separação nítida e cortante entre os campos ou esferas de atuação do Estado e da sociedade”⁷.

O Estado, na perspectiva liberal, nada mais é do que um potencial consumidor dos bens produzidos pela indústria nascente e um policial das relações econômicas firmadas entre os agentes privados, isto porque: “o Estado deve manter-se na sua esfera política e não invadir a esfera econômica, a esfera privada dos cidadãos”⁸. Na perspectiva da ideologia liberal, a polícia era a única tarefa do Estado e a característica do direito administrativo.⁹

Neste modelo de Estado ora tratado, não há o que se falar em atuação pública na economia salvo nas exceções disciplinadas em lei, uma vez que o mercado, ele próprio, teria condições suficientemente eficazes de solucionar as crises que ele próprio gerasse: “a economia de mercado não carecia de regulação estadual, visto que a concorrência funcionava como ‘mão invisível’ que regulava espontaneamente os mecanismos da economia”¹⁰. Ainda neste sentido: a “livre contratação, livre empresa e iniciativa econômica, livre concorrência e livre circulação – bem como a autonomia de gestão e de atuação de cada cidadão, não poderia nem deveria ser perturbado pela intervenção externa e intrusiva do Estado, fosse enquanto agente econômico, fosse a título de regulador do mercado”¹¹.

Tratar do modelo liberal nos Estados modernos leva a uma análise ampla, visto que o liberalismo não foi vivido e absorvido de forma equivalente por todos os países capitalistas, porque

“é bem de ver eu o Estado liberal, ou neoliberal, não pode ser o mesmo em todo mundo, independentemente das ideologias de cada um de nós. Não pode ser o mesmo, dependendo obviamente do estágio social, da chamada dívida social, dos traços de

⁷ GONÇALVES, Pedro. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in: **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p.173.

⁸ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978. p. 41.

⁹ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p. 76-77.

¹⁰ MARQUES, Maria Manuel Leitão e MOREIRA, Vital. **A mão visível**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 13.

¹¹ GONÇALVES, Pedro. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in: **Estudos de Regulação Pública – I**. p.173.

educação e cultura do povo, do nível de desenvolvimento, da renda (notadamente, da excessiva concentração de renda em nosso país e, infelizmente, nos países da América Latina) – enfim, do efetivo estágio de desenvolvimento da democracia e da cidadania”¹²

Tratar da teoria de Estado Liberal é analisar um conceito superado dado a sua completa e comprovada ineficiência concreta. Este modelo:

“partia dos pressupostos demasiado estreitos da concorrência perfeita: número indefinido de participantes no mercado, não tendo qualquer influência autônoma sobre a oferta ou a procura, atuando segundo um princípio racional de maximização da utilidade das trocas; fungibilidade das mercadorias e plena transparência do mercado; e, finalmente, capacidade de resposta imediata dos fatores de produção às solicitações do mercado”¹³.

Não há, como comprovado pela experiência histórica, como se falar em mercado perfeito, em auto-regulamentação e na verdadeira eficácia da mão invisível, isto porque, apesar de teoricamente eficiente o tempo necessário para a readequação das estruturas e para o retorno de equilíbrio são financeiramente insuportáveis para os agentes e para os cidadãos que participam do jogo de forma direta, tornando, desta forma, ineficiente a completa ausência de regulamentação pública na economia e, portanto, insustentável um modelo absolutamente liberal.

2.1.2. Estado Social:

A efetiva decadência do Estado Liberal, devido às crises econômicas decorrentes das variações do próprio mercado e das Guerras, levou a ascensão de um novo modelo de Estado preocupado com as necessidades efetivas e imediatas dos cidadãos.

Esta transformação deu-se, inicialmente, a partir do Primeiro Pós-Guerra, mas consolidou-se no Segundo, quando então “verifica-se uma profundíssima transformação do Estado: aos fins e missões tradicionais juntam-se agora fins sociais (segurança social, saúde, educação) e econômicos; ao princípio que ditava a abstenção sucede a proclamação de um Estado social e economicamente

¹² FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.p.263.

¹³ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p. 43-44.

comprometido ou conformador; a concepção de uma administração constitutiva e interventora ganha terreno”¹⁴.

A ascensão do chamado Estado Social se apresenta como uma resposta, uma tentativa de solução

“das dificuldades econômicas e sociais do pós-guerra (...) visto que, neste estado de coisas, nenhuma mão invisível poderia ressurgir para lançar ordem no processo econômico e social. Reconhecida definitivamente a incapacidade da economia para se regular a si mesma, em absorver ou neutralizar os conflitos que a dilaceram, em corresponder às exigências que lhe são feitas por uma sociedade que reclama o aproveitamento integral das suas potencialidades - , reconhecida essa situação, é sobre o estado que vem impender a execução de papéis que até ali lhe estavam defesos.”¹⁵

Este modelo de Estado apresenta-se como forma de superação do Estado: “abstencionista, e negativo, (dele) passa-se ao estado afirmativo ou positivo”¹⁶. Trata-se da apresentação de uma estrutura administrativa condizente com o atendimento de necessidades tidas como essenciais dos cidadãos e, principalmente, como alternativa eficaz de superação da crise econômica e social que sucedeu as guerras tendo em vista o comprometimento da economia global com os conflitos.

Foi a tentativa do ente público de ofertar emprego e renda a população; desolada e também uma forma de financiar a reconstrução da economia, então estagnada. Isto se deu pautado, principalmente, na edição de normas que possibilitassem a atuação do Estado na economia, uma vez que “o Estado e os poderes jurídicos a ele outorgados são instrumentos de alteração das relações estabelecidas entre os diferentes agentes sociais. O Estado e o Direito buscam a promoção do bem estar concreto dos cidadãos, a supressão da pobreza e das desigualdades, a promoção da dignidade da pessoa humana”¹⁷.

É, sem dúvidas, por esta tentativa de redução das desigualdades que o Estado Social se apresentou como uma tentativa de consolidar um modelo de atuação pública que buscava proporcionar aos cidadãos recursos suficientes que possibilitassem o retorno das trocas financeiras e do movimento econômico; indispensáveis à manutenção do capitalismo.

¹⁴ GONÇALVES, Pedro. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in: **Estudos de Regulação Pública – I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.p. 177.

¹⁵ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p. 54-55.

¹⁶ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p. 58.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2004. p.35

A partir desta tentativa de superação é que o Estado torna-se o maior produtor, maior consumidor e maior investidor nas realidades nacionais, assim, “a separação de princípio entre Estado e economia deu lugar à interpenetração recíproca, num processo de politização do econômico ou de economização do político”¹⁸.

Por isso, pode-se entender o Estado Social como um ente característico da sociedade industrial, manifestando-se através da criação de uma estrutura econômica na qual se verifica a predominância da concentração da produção e do resultado social dela decorrente, nas mãos do ente público, o qual também se responsabiliza pela socialização destes resultados, tendo em vista que “a proposta de intervencionismo estatal entranha o Estado de Bem-Estar como uma característica essencial. A idéia de Estado de Bem-Estar envolve o ativismo socioeconômico dos organismos políticos. Isso equivale a reconhecer ao Estado o dever de modelar as relações sociais vigentes na comunidade”¹⁹.

O Estado-Providência²⁰ chama para si a responsabilidade de promoção de setores em geral deficitários e cuja produção e prestação de serviços se apresentam como essenciais a garantia de uma existência digna aos cidadãos e como alternativa, eficaz, de oferta de empregos para uma sociedade então em crise. Na lição de PAULO BONAVIDES, o Estado Social “seria, meio caminho andado, pelo menos da parte da burguesia ao reconhecimento de direitos do proletariado”²¹.

O Estado Social apresenta-se, sobretudo, como uma tentativa do Poder Público de promover, de forma efetiva e eficiente, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dos cidadãos, tão em voga no Segundo Após-Guerra. Isto pautado na quase total ausência de atuação deste em relação a estas garantias quando da vigência do liberalismo absoluto.

A finalidade²² principal do Estado Social foi a tentativa de superação da crise advinda da Era Liberal e a busca constante da superação das desigualdades

¹⁸ MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. p. 58.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Regulatório in: **Cenários do Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 355.

²⁰ Aqui mencionado como sinônimo de Estado Social.

²¹ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 185.

²² Neste sentido, Avelãs Nunes em Neoliberalismo e Direitos Humanos, indica que: “ as bases (keynesianas) do welfare state são, pois, essencialmente de natureza econômica, ligadas a necessidade de reduzir a intensidade e a duração das crises cíclicas próprias do capitalismo, e motivadas pelo objetivo de salvar o próprio capitalismo”. NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 32.

sociais e econômicas até então vividas, o que o leva a assumir funções complexas na busca de superar o desemprego, de promover a redistribuição dos rendimentos e da segurança social²³.

No entanto, ao assumir o papel de maior produtor, consumidor e investidor da economia, fez-se necessário o dispêndio de grande monta de recursos financeiros. Esta atuação econômica do Estado Social só foi possível através da aplicação de recursos públicos, advindos em parte da arrecadação tributária.

Por isso, o financiamento do modelo de Estado Social foi essencialmente pautado na aplicação de recursos públicos, advindos, em parte, da arrecadação tributária, que, com o passar dos anos e com o incremento das despesas decorrentes da própria atuação estatal, tornou-se insuficiente para a manutenção desta estrutura, o que desencadeou uma crise fiscal²⁴ cujos reflexos até hoje são sentidos pela economia²⁵.

Então, a manutenção da estrutura do Estado Social foi tornando-se inviável dada à crise daí decorrente. A ausência de recursos públicos suficientes para viabilizar a manutenção da sua estrutura de prestador de serviços, fez com que este modelo fosse gradativamente superado, especialmente, a partir de 1980. Isto porque, foi neste período que o Estado decide abdicar de sua ampla estrutura consumidora de recursos para delegá-la, novamente, à iniciativa privada e, assim, garantir a consecução do interesse público através da regulamentação eficaz destes serviços.

Na tentativa material de reduzir os custos públicos decorrentes da manutenção da estrutura do Estado Social e, ainda assim, manter a oferta de determinados serviços, é que o Estado buscou uma saída; concretizada

²³ NUNES, Antônio José Avelãs. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

²⁴ BRESSER PEREIRA ao analisar a realidade do Estado Brasileiro afirma, acerca da crise fiscal que assolou o país durante os anos 80 e 90 que “la crise des années 1980 et 1990 est, selon mon hypothèse, une crise de l’État: crise fiscale, crise du mode d’intervention de l’État social, crise de la forme bureaucratique et inefficacité dans l’administration d’un État devenu trop tentaculaire pour être géré selon les termes de la “ domination rationnelle légale “ analysée par Weber”. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Économique et Réforme de l’État au Brésil**. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l’Homme, 2002. MARÇAL JUSTEN FILHO, ao definir a expressão indica que “passou a ser utilizada para indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos”. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito Regulatório in: Estudos em Homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 353.

²⁵ A crise fiscal levou ao endividamento público, interno e externo. Leia-se o caso brasileiro, com a aplicação de medidas promotoras de bem estar como as características do Governo Kubitchek cujos efeitos são até hoje reflexos na dívida internacional.

apresentada pela superação do modelo de intervenção maciça do ente público na economia para com isso, reduzir-la de forma a transferir aos agentes privados a sua execução e a possibilitar ao Estado a adoção de uma postura mais regulatória.

2.1.3. Estado Regulador:

A idéia de regulação apresenta-se, no Brasil, apenas a partir da década de 80, mas ganha efetivo volume quando as privatizações efetuadas pelo governo Fernando Henrique Cardoso (tema que será tratado em momento oportuno) que deram início à fase de redução da atuação direta do Estado no domínio econômico.

As privatizações levaram a uma mudança considerável na estrutura pública, uma vez que, através delas, o Estado tentou reduzir consideravelmente seu papel de fornecedor e prestador de serviços para assumir uma postura majoritariamente regulatória, caracterizada pela ampla atividade normativa. Isto se deu, essencialmente, a partir da adoção de uma política interventiva menos dependente do capital público, o que acarretou na “abertura à iniciativa privada de setores até então reservados ao setor público ou explorados em regime de concessão exclusiva”²⁶.

A concepção de Estado Regulador está ligada ao

“modelo que propõe a extensão também ao setor dos serviços públicos de concepções aplicadas a propósito da atividade econômica privada. Ou seja, rejeita-se a proposta de atuação direta do Estado não apenas a propósito da atividade econômica privada (propriamente dita) mas também no tocante aos serviços públicos. Reconhece-se como desejável a substituição do Estado-Prestador pelo Estado-Regulador nos serviços públicos (...)

(Nesta perspectiva) O Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto. Ao invés de buscar pessoalmente a realização de determinados fins, vale-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem comum”.²⁷

A atuação econômica do Estado Regulador passa, então, a ser marcada pelo binômio eficiência e competição, materializando a evolução de um papel conformativo até então próprio das atuações diretas e indiretas, para tornar-se efetivamente regulador. Foi daí que se deu a adoção da “pura e exclusiva direção

²⁶ MOREIRA, Vital. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 19-20.

²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. O Estado Regulador in: **Estudos em Homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 365.

política dos processos econômicos para aliá-la com a direção técnica e socialmente concertada através de entes independentes, criados para desenvolver políticas econômicas legislativas”²⁸.

Ressalta-se ainda que esta transformação, decorrente das privatizações, só veio a ocorrer, de fato, porque “os gastos públicos exponenciais do setor público, a carga fiscal necessária para o seu financiamento, o déficit público incontrolável, a ineficácia e a ineficiência da gestão pública são em geral considerados os principais fatores da viragem verificada”²⁹.

Pode-se considerar que a redução do Estado, materializada através do retorno ao setor privado da execução de serviços até então mantidos e controlados pelo setor público foi uma conseqüência indispensável a manutenção economicamente viável do próprio aparato estatal.

Então, o Estado passa a atuar na economia de forma reduzida e aumentando a sua produção normativa e de políticas administrativas, além de buscar um equilíbrio entre a sua efetiva atuação e a potencialidade dos resultados dela advindos. Isto com a finalidade de sanear de forma cada vez mais eficiente das falhas de mercado³⁰ e de orientar das condutas privadas nas direções socialmente desejáveis.

Contudo, a ascensão de uma proposta de Estado Regulador, especialmente na realidade brasileira, não acarretou numa completa e absoluta abstenção da atuação pública na economia. É muito difícil se concretizar a possibilidade do Estado abdicar absolutamente de sua conduta econômica para, então, passar a exclusivamente interferir e aplicar as suas políticas públicas apenas através de edição normativa.

Em realidades subdesenvolvidas, especialmente como a do Brasil, não há sequer como se cogitar uma efetiva e absoluta abstenção do Estado da realidade econômica, especialmente, tendo em vista a grande desigualdade social que permeia a sua população.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia in: **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n.º 241 – jul/set, 2005, p. 1-20.

²⁹ GONÇALVES, Pedro. Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in: **Estudos de Regulação Pública – I**. p. 180.

³⁰ Neste mesmo sentido, ver: MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas Relações com a Economia**. Tese, UFPR, 2004. p.111.

Diante disso, o Estado abdicou do papel de prestador direto de alguns serviços para assumir uma atuação de produção normativa que busque vincular os agentes privados, durante a sua prestação, a padrões de qualidade, eficácia e sobretudo, garantir a generalidade da prestação destes serviços considerados pelo ente público como essenciais.

Assim, na perspectiva do Estado Regulador tem-se que ele “não é eliminado, mas assume funções novas, até então desconhecidas com sua nova caracterização (através) de normas que vem não somente presidir à elaboração das novas regras de conduta do mercado, mas sobretudo informar a criação e aplicação destas regras”³¹, além da regulação, que se apresenta como “um instrumento da realização dos fins impostos pelo Estado”³². Ou seja, a consecução dos fins sociais impostos pelo Estado é, de forma expressa, o fim vinculante da atividade regulatória por ele exercida, visto que a mera busca de valores econômicos tornaria esta atividade pública inócua.

2.2. Proposta de conceito de Intervenção do Estado no Domínio Econômico:

Cumprir analisar um conceito amplo de intervenção visto que se trata da interferência de algo ou de alguém naturalmente alheio àquele domínio. Por isso, analisar a intervenção do Estado no domínio econômico parte da premissa de que este lhe é um campo alheio, isto é, só há o que se falar em atuação da pessoa pública em domínio econômico sem ter em vista o modelo capitalista, celebrado pela Constituição Brasileira, de consagração da livre iniciativa e da propriedade privada.

A atuação do Estado enquanto agente econômico consolidou-se após o Segundo Pós-Guerra (em torno de 1945), quando “o princípio que ditava a abstenção sucede a proclamação de um Estado social e economicamente comprometido, ou conformador”³³. Este Estado, comprometido economicamente, somente se tornou possível a partir da adequação do texto constitucional, reforma

³¹ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.p. 255.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 40.

³³ GONÇALVES, Pedro. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador in: Estudos de Regulação Pública – I**. p. 177.

também ocorrida com as constituições brasileiras, para, com isso, legitimar a atuação.

Apesar de o texto constitucional brasileiro consagrar a economia capitalista e de mercado, através da celebração ampla dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, autorizou, também, através de previsão expressa (conforme enunciado no art. 170 e seguintes da Carta Magna) a atuação do Estado no domínio econômico.

Esta vinculação do Estado, quer seja enquanto agente editor de normas regulatórias da atividade econômica, ou mesmo como prestador de serviços, tem como finalidade precípua e independente a consecução dos princípios enumerados no texto constitucional, especialmente no que se refere aos enunciados no art. 1º.

Não há o que se falar em atuação do Estado no domínio econômico de forma desvinculada dos princípios constitucionais garantidores de direitos fundamentais. Não há também possibilidade de vinculação do Estado Agente Econômico em atividade diversa daquela que busque a consecução da igualdade material entre os cidadãos ou que se apresente como arma para uma efetiva distribuição de renda mais eficiente ou como uma tentativa de manutenção e consolidação da soberania do Estado.

Diante disso, o Estado atua economicamente de forma vinculada aos valores constitucionais. Pois, a consecução da prestação do mínimo existencial³⁴ aos cidadãos está amplamente vinculada à atuação do Estado enquanto econômico.

Entretanto, quando atua de forma efetiva no domínio econômico, quer seja como prestador de serviços, quer seja como agente regulador, ou no exercício de determinados monopólios enumerados pelo constituinte, faz como forma essencial de manutenção das condições de vida dos cidadãos ou como arma indispensável a consolidação da soberania estatal.

Esta atuação, efetiva e comprovada pela presença de empresas estatais nos mais diversos ramos da atividade produtiva e prestadora de serviços, se justifica na medida da sua previsão constitucional. Não há como se admitir que o ente público atue de forma desvinculada do que ele próprio, através de texto legislativo,

³⁴ Entende-se por mínimo existencial a parcela mínima de direitos fundamentais que devem ser ofertados aos cidadãos como forma de garantia de uma existência digna, os quais o Estado jamais pode deixar de prestar.

regulamenta. Este trata de forma minuciosa a atuação do Estado no domínio econômico, isto comprovado pela existência de um título próprio destinado a regulamentar a matéria (DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA – art.170-181).

O Estado “intervém por uma via diretamente econômica ao passo que o Estado regulador possibilita e condiciona positiva (incentivando) ou negativamente (proibindo) a atividade de terceiros, na qualidade de agente exterior ao mercado”³⁵. Devido à previsão constitucional da atividade do ente público no domínio econômico privado é que se apresenta a necessidade de estruturação de um conceito de intervenção suficientemente eficaz e condizente com a necessidade de conformar o disposto constitucionalmente.

Destaca-se, neste sentido, lição apresentada por LUCIA VALLE FIGUEIREDO: “a intervenção estatal caracteriza-se pelo conjunto de atividades empreendidas pelo Estado com a finalidade de realizar os valores socioeconômicos consagrados pelo texto constitucional”³⁶, neste mesmo sentido a autora, em seu Curso de Direito Administrativo, consagra que a intervenção do Estado no domínio econômico “justifica-se se e na medida da consagração dos valores assinalados no texto constitucional e pertinentes, sobretudo, à ordem econômica”³⁷.

Por isso, não há o que se falar de atuação estatal na economia de forma independente e pautada nos mesmos valores que determinam e fomentam a atividade dos agentes privados neste setor. O texto constitucional é que vincula a atuação do agente público no domínio econômico aos valores por ele consagrados: “a intervenção estatal deve, por força dos comandos constitucionais, limitar-se à fiscalização das atividades privadas a fim de deixá-las compatíveis com o interesse público, a normatização dentro dos estritos limites constitucionais, como também, a protagonização por imperativos da segurança nacional ou por relevante interesse coletivo”³⁸.

Não há como afirmar que a atuação do agente público em domínio econômico se dê, exclusivamente, como forma de busca de resultados financeiramente positivos, isto é, lucro, isto porque o Estado está desvinculado deste

³⁵ DOS SANTOS, Antonio Carlos et alli. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 2002.p.68.

³⁶FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agencias Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**. p. 259.

³⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, 6ª Edição. P. 84.

³⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agencias Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**, p. 259.

caráter, dada a sua ligação às necessidades essenciais dos cidadãos e a consecução do bem comum. A atividade econômica pública está diretamente vinculada à forma de efetivação do interesse público.

Diante disso, destaca-se que “a intervenção estatal caracteriza-se pelo conjunto de atividades empreendidas pelo Estado com a finalidade de realizar os valores socioeconômicos consagrados pelo Texto Constitucional”³⁹.

Esta vinculação, verifica-se quando o Estado atua como produtor ou distribuidor de determinados bens ou serviços, retira do mercado privado (da autonomia privada) estas atividades ou mesmo se apresenta como competidor com os agentes econômicos privados ou cooperativos que a exercem.

Isto porque “as balizas da intervenção deverão ser, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito⁴⁰, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.”⁴¹

Destaca-se, contudo, que a atuação do Estado no domínio econômico é um elemento descrito e apresentado em sentido amplo, externalizado das mais diversas formas. Lecionam MARÇAL JUSTEN FILHO⁴² e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO^{43,44} acerca desta realidade que, a intervenção do Estado no domínio econômico é um gênero,

“em tese, são três as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica: a) disciplinando-a, vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos (poder de polícia); b) “fomentando-a, isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos, etc.,

³⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agências Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**, p. 259.

⁴⁰ Estado Democrático de Direito ou Estado Neoliberal apresenta-se como a tentativa de superação do modelo de Estado Social que se tornou ineficaz na medida em que não chegou a realizar tudo o que apregoava. Diante disso, o retorno a fórmulas privadas de produção representa um reencontro com a produtividade posta de lado nas organizações de fundo estatizante. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, 5ª Edição, p. 76-77.

⁴¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agências Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**. p. 263.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Estado e a Ordem Econômica in: **Revista Brasileira de Direito Público**, n.º 62, abr-jun, 1982. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

c)"assumindo-a ou seja, protagonizando-a como "sujeito ativo", como titular dela, ou seja, o agente que a explora."⁴⁵

O conceito de intervenção e a sua caracterização em diferentes espécies, conforme classificação adotada neste trabalho e apresentada pelos autores já citados, é diversa apenas no que se refere à nomenclatura adotada, da divisão apresentada por EROS ROBERTO GRAU quando trata do assunto ora em tese. Para este autor, o conceito amplo de intervenção é tratado como atuação estatal, isto porque, "o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou quando regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. (...) Intervenção é, no contexto mais correto, (...) atuação estatal em área de titularidade do setor privado"⁴⁶.

Ainda EROS ROBERTO GRAU, refere que a intervenção do Estado no domínio econômico é espécie de atuação estatal, ao enunciar que

"intervenção indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, atuação estatal, atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo."⁴⁷

Assim, cabe ainda distinguir as três modalidades de atuação do Estado no domínio econômico de forma independente. Destacando, ainda, que o objeto do presente estudo é a atuação do Estado no domínio econômico em sentido estrito, ou atuação direta do Estado enquanto agente econômico produtor de bens e prestador de serviços. Atuação esta que se verifica quando o ente público atua em condições semelhantes a dos agentes privados.

⁴⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O Estado e a Ordem Econômica**. p. 34.

⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004, 9ª Edição. p. 84-85.

⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 85.

2.2.1. Atuação do Estado no domínio econômico de forma indireta (ou em sentido amplo):

A atuação do Estado enquanto agente econômico compreendida em sentido amplo leva em consideração a atuação do ente público nas condições descritas pelo art. 174⁴⁸ do texto constitucional.

Isto se dá quando atua de forma a regular, através da edição de normas, a atuação dos agentes privados no mercado. É numa perspectiva de efetiva necessidade de atuação do Estado, visto apresentar-se como “detentor máximo do poder e fonte por excelência da ordenação social”⁴⁹ que se passa a disciplinar a sua atuação no domínio econômico.

Seguindo este entendimento, enuncia EROS ROBERTO GRAU, que a atuação estatal no domínio econômico enunciada pelo art. 174 da Carta Constitucional “respeita à globalidade da atuação estatal enquanto agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido”⁵⁰.

Isto configura a atuação do Estado no domínio econômico, enquanto agente produtor de normas que visam condicionar a ação dos agentes privados, pode ser considerada como uma atuação ampla, visto que atinge todos os agentes de forma equivalente.

Na conceituação adotada por CALIXTO SALOMÃO FILHO, o desempenho do Estado na economia em sentido amplo ou de forma indireta “engloba toda a forma de organização da atividade econômica, seja a intervenção através da concessão de serviço público ou o exercício do poder de polícia”⁵¹.

Neste modelo de intervenção, o Estado busca a consecução de seus fins através da edição de normas que induzam os próprios agentes privados a alcançarem os objetivos determinados pelo ente público.

⁴⁸ “Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. VII, p. 106.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 100.

⁵¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

Destaca-se, contudo, que “intervenção estatal indireta (ou intervenção econômica em sentido amplo) não é sinônimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover intervenção de modo permanente e sistematizado”⁵².

Isto porque a regulação busca, através da distinção de seus instrumentos normativos, a alteração do comportamento dos agentes econômicos no mercado em relação àquele tipo de conduta considerado elementar, se inexistissem estas regras determinantes no mercado. MARÇAL JUSTEN FILHO indica que “não se trata de respaldar o funcionamento espontâneo do mercado e, sim, interferir sobre ele, de modo a alterar a evolução normal dos fatos.”⁵³

Pode-se indicar que “a regulação é a intervenção do Estado nas esferas de atividade privada, para realizar finalidades públicas”⁵⁴, o que manifesta a atuação econômica do Estado, ainda que em sentido amplo, nada mais é do que uma forma, ainda que abstrata, de intervenção.

Este modelo de intervenção externaliza-se através da produção de normas jurídicas tanto de caráter geral, quanto dotada de características reguladoras que, através de sua eficácia e aplicabilidade, ofereçam ao Estado a possibilidade de dirigir a atuação dos agentes privados para, com isso, garantir a consecução efetiva de seus interesses.

Portanto, é indispensável à compreensão da atividade pública econômica indireta, como forma expressa de regulamentação da atividade privada sem criar diretamente uma dependência com este modelo. Isto porque a atuação estatal enquanto agente produtor de normas que visem à consecução dos interesses públicos “reclama a efetividade e a eficácia do quanto normativamente definido”⁵⁵, isto é, a atuação do Estado em conformidade com o disposto no art. 174 da Carta Constitucional demanda algo além da mera regulamentação, demanda também a fiscalização e o planejamento da atuação privada, como forma de garantia do alcance do interesse público.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 456.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 32.

⁵⁴ MOREIRA, Vital. **Auto Regulação Profissional e a Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1997. p. 34.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 100.

2.3. Atividade Econômica do Estado de forma Direta (ou em sentido estrito):

Este ramo de atuação do Estado partilha-se em duas formas diversas, isto é, apresenta-se como objeto diversos de dois âmbitos de estudo, dado que se refere “ao desenvolvimento por meio de uma entidade administrativa de atividade de natureza econômica em competição com os particulares ou mediante atuação exclusiva”⁵⁶.

A atuação direta do Estado no domínio econômico, enquanto prestador direto de determinados serviços e produtor de determinados bens, ou seja ao materializar o disposto no art. 173 da Constituição Federal, é que se apresenta como objeto específico do presente trabalho.

Contudo, cabe aqui distinção relevante, visto que na perspectiva acima enunciada, refere-se tanto a prestação prevista pelo art. 173 da Carta Constitucional, quanto à prestação de serviço público (de caracterização e definição diversas, que serão tratados em momento pertinente) previsto no art. 175.

Ao analisar as justificativas históricas para o desenvolvimento do setor público no Brasil, de forma tão marcante, tem-se que levar também em consideração as raízes históricas da realidade econômica que marca o subdesenvolvimento atual da nação.

O crescimento dos investimentos efetuados pelo Estado para o desenvolvimento e prestação de determinados serviços públicos somente foi possível e efetivamente necessário na medida da inexistência de poupança privada suficiente para investimentos vultuosos e indispensáveis para o desenvolvimento da prestação desta gama de serviços. Também se verifica os interesses públicos quanto a segurança como razão para a eleição dos serviços

CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que:

“No que diz respeito às causas que ensejam a assunção pelo Estado da atividade econômica (...), tem-se destacado o motivo da segurança nacional. Embora tratar-se de um conceito vago, ainda assim não é ilimitado. Nada obstante o fato de as atividades propriamente marciais dependerem de uma retaguarda econômica, tecnológica, que lhes dê suporte, ainda assim a expressão segurança nacional há de atender àquelas atividades que dizem respeito diretamente à produção de bens e serviços necessários ao regular funcionamento e até mesmo ao satisfatório aparelhamento das forças armadas.

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p.457.

A segunda causa de exploração direta da economia pelo Estado é o relevante interesse coletivo. (...) Destarte que há, em primeiro lugar, de prevalecer o interesse da iniciativa privada, que só pode ceder diante da evidenciação de que na hipótese a iniciativa particular não está atingindo o interesse coletivo. Em outras palavras, é necessário que se comprove que o Estado terá melhores condições de atingir o interesse coletivo do que os particulares.”⁵⁷

Trata-se, de fato, de uma atuação pública no domínio econômico como forma de “assegurar o império dos princípios e das normas constitucionalmente adotadas para tornar efetivo o ordenamento econômico”⁵⁸.

Nesta perspectiva, tem-se que destacar que quando atua diretamente, o Estado nada mais busca do que a efetivação dos princípios consagrados pela Constituição, isto é, o objetivo não é nada maior do que a consolidação dos princípios constitucionais garantidores da dignidade da pessoa humana e do interesse público; tão destacados no texto constitucional ora em vigor. Ou seja, a atuação do Estado no domínio econômico em sentido estrito só se dá na medida da busca de materialização do disposto como princípios fundamentais do Estado.

Na perspectiva da atuação direta do Estado no domínio econômico em sentido estrito temos que “as balizas da intervenção serão, sempre e sempre, ditadas pela principiologia constitucional, pela declaração expressa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”⁵⁹, isto porque, não há que se falar em atuação do Estado em sentido estrito sem destacar os limites constitucionais a ela impostos.

O Estado não só pode, como também deve atuar economicamente, prestar determinados serviços, titularizar determinados ramos da economia, estes que se apresentem profundamente relevantes para a consecução dos direitos fundamentais enumerados na carta e como forma expressa de promoção da dignidade da pessoa humana e do interesse público, que se apresentam como princípios basilares do texto constitucional ora vigente.

No entanto, do que se trata quando se analisa a intervenção do Estado no domínio econômico de forma direta, ou em sentido estrito? Inquestionavelmente,

⁵⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. P. 73-74.

⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 443.

⁵⁹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. p. 88.

“o conceito de ‘atividade econômica (em sentido estrito)’ forma-se por inclusão e por exclusão. Por inclusão, na medida em que se identifica um núcleo fundamental. São as atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades economicamente alienáveis, a partir da livre organização dos fatores da produção e da apropriação privada dos resultados. Por exclusão, na medida em que se reputa que o conceito não abrange aquilo que a Constituição dele exclui. Não se incluem no conceito de atividade econômica em sentido estrito certas atividades que a Constituição qualificou como serviço público – mesmo que tais atividades tenham cunho econômico ou sejam potencialmente lucrativas. A intervenção estatal faz-se, quanto às atividades econômicas em sentido estrito, pela regulamentação de seu exercício. O Estado não pode tomar a si o desempenho direto de atividades econômicas senão quando presentes os pressupostos constitucionais para tanto.”⁶⁰

Confirmando este entendimento tem-se que “a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável para a organização de setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de livre iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”⁶¹, isto comprovado porque o Estado somente está legitimado a intervir quando vinculado a disposição normativa que o autorize expressamente e determine os limites desta atuação de forma eficiente e suficiente para impedir uma atuação que venha a desincentivar a ação privada ou mesmo limita-la.

Destaca-se, ainda, que “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, no §1º do art. 173 da Constituição, significa atividade econômica em sentido estrito (...) sendo, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa”⁶², restando àquelas empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, isto porque, exercem atividade disciplinada constitucionalmente de maneira diversa.

Esta atuação pública, enquanto protagonista da prestação do serviço, quer seja através da criação de empresa pública, quer seja através do compartilhamento do risco com a iniciativa privada através das sociedades de economia mista, tem-se que está diretamente vinculada aos princípios constitucionais regentes da intervenção direta, isto é, diretamente vinculada ao relevante interesse público ou a

⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 36.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. O Estado e a Ordem Econômica in: **Revista de Direito Público**, p. 40.

⁶² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p.98-100.

segurança nacional, que devem ser interpretados enquanto questões efetivamente marcantes, jamais despidos de significado⁶³.

Cumprе destacar, ainda, que a atuação direta do Estado no domínio econômico apresentou-se de forma diversa nos mais variados momentos que marcaram a história da humanidade. Isto, tanto em sentido amplo, tratando desta relação mundialmente, quanto em relação estritamente à realidade brasileira.

⁶³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre as Agências Reguladoras Independentes in: **Revista de Direito Público da Economia**. p. 264.

3. REFERÊNCIAS HISTÓRICAS E A ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO ENQUANTO AGENTE INTERVENTOR.

3.1. Referências Históricas acerca da atuação do Estado Brasileiro no Domínio Econômico: a Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras do Século XX.

A análise da intervenção direta do Estado no domínio econômico é uma consequência característica e decorrente da evolução histórica da relação existente entre o Estado e a economia no modo de produção capitalista.

O Estado passa a prestador direto de serviços, a titular da atividade econômica quando

“o Estado intervém no financiamento da acumulação e da produção privadas. Concede subvenções e vantagens fiscais. Promove e fomenta a conquista de mercados externos, organizando e fornecendo informações, concedendo apoio técnico, político e financeiro à exportação. Cama a si (através do expediente das empresas públicas e das sociedades de economia mista, ou da nacionalização) aqueles setores em geral deficitários, ou que interessa sejam deficitários (transportes e energia), pois só assim eles poderão subsistir sem a atribuição de lucros aos vultuosos capitais fixos que representam, lucros que ir[ia]o reverter para os principais clientes dos bens e serviços produzidos nesses setores, clientes que serão, naturalmente, as grandes empresas privadas, beneficiários dos preços baixos a que são vendidos aqueles bens ou serviços.”⁶⁴

Pode-se afirmar, pautado na análise histórica, que a atuação do Estado na economia, enquanto protagonista de determinada atividade, busca sempre, a materialização de um fim determinado pelo texto constitucional.

Isto porque se busca efetivar a prestação de alguns serviços determinados a preços subsidiados, como forma de proporcionar a sua mais ampla oferta a população.

A atuação pública maciça na economia nasce em decorrência das desolações tanto econômicas quanto sociais trazidas pelas guerras. O Estado passa a dominar a atividade econômica como tentativa de superação das crises advindas do caos.

Contudo, o subsídio público destinou-se a setores econômicos determinados e previamente eleitos. Esta atuação, necessitou de vinculação

⁶⁴ NUNES, Antonio José Avelãs. **Noção e Objeto da Economia Política**. Coimbra: Almedina, 2000, p. 196.

constitucional, na qual, via de regra, verificou-se a eleição destes setores como forma de legitimar a atuação do ente público na economia.

Esta intervenção se mostra pautada numa realidade cíclica, como a economia, visto que a análise dos ciclos econômicos pelos quais os países capitalistas modernos se submeteram, especialmente, o Brasil, mostra uma reincidente intervenção do Estado na economia.

O Estado brasileiro, enquanto agente prestador de determinados serviços e como produtor de determinados bens econômicos, iniciou-se quando da verificação de uma realidade indispensável à industrialização. Esta ocorreu já tardiamente, visto que se caracterizou essencialmente pelos investimentos públicos.

O desenvolvimento da economia nacional, comprovado pelo “crescimento excessivo e distorcido do Estado, a sua crise fiscal, o esgotamento da industrialização por substituição de importações”⁶⁵, demonstra a influência do agente público na onda de industrialização e modernização do país.

O grande marco da industrialização brasileira foi dado pelo agigantamento do Estado, isto é, pelo investimento de capital público que propiciou a superação da realidade até então agro-exportadora do país. Visto que “cabia ao Estado, através da política econômica, determinar o nível dos investimentos, o qual, por sua vez, determinava a taxa de poupança e o volume de lucros gerados pelo sistema econômico”⁶⁶.

Destaca-se que o Estado somente intervém efetivamente na economia quando protagoniza a prestação de determinada gama de serviços, titulariza a produção de certos bens, e quando apoiado em texto normativo que autorize expressamente esta prestação.

Isto é, o Estado somente atua enquanto agente econômico, só intervém na economia, na estreita medida daquilo que autoriza o texto constitucional vigente, dada à vinculação absoluta de sua atuação econômica aos expressos limites deste.

Não há qualquer possibilidade do ente público extrapolar o limite normativo estabelecido, diante disso a análise das Cartas Constitucionais brasileiras pretéritas faz-se indispensável como forma de analisar a evolução da atuação pública direta na economia.

⁶⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Economia Brasileira: Uma Introdução Crítica**. São Paulo: Editora 34, 1998, p. 15.

⁶⁶ BRESSER PEREIRA. **Economia Brasileira: uma Introdução Crítica**. p. 63

Diante desta verificação da evolução da economia brasileira e a sua comparação com os textos constitucionais de países desenvolvidos, permite-se a verificação de consideráveis diferenças entre elas, isto se dá uma vez que não se visualiza na história econômica do Brasil um período pré-capitalista marcado pela existência de uma realidade formal diversa. Ao contrário, a economia brasileira, fruto da exploração mercantilista do qual o país foi objeto, passou apenas pelo desenvolvimento indireto destas realidades.

Destaca-se, ainda, que “a emergência do Estado Regulador, responsável pelo pleno emprego e pela estabilidade dos preços, foi uma revolução (...) O Estado assume o papel de produtor não porque seja mais eficiente que os capitalistas privados mas porque tem maior capacidade de captar e concentrar o excedente necessário para a formação das grandes empresas”⁶⁷.

A análise da realidade brasileira e todo o processo de industrialização decorrente, marcadamente, porque a burguesia brasileira jamais deteve um capital disponível suficiente para financiar a industrialização e o desenvolvimento nacionais, isto comprovado pela necessidade do Estado de assumir para si a responsabilidade do desenvolvimento econômico e do financiamento da modernização do parque industrial nacional.

O Estado brasileiro sempre determinou as formas de distribuição de riqueza, beneficiando as classes economicamente dominantes através da garantia e da manutenção da sua taxa exorbitante de lucros, e, desta forma, excluindo a possibilidade efetiva de crescimento econômico do pequeno produtor rural ou urbano, que não detinha força política suficiente para obter a “ajuda do governo” para subsidiar a sua atividade. Isto porque jamais se verificou uma fase absolutamente capitalista e liberal na economia nacional.

O ponto de partida desta transformação (pautada na industrialização) a qual se sujeitou a economia brasileira, sobretudo a atuação pública, deu-se com o advento da política econômica ditada por Vargas, quando da sua ascensão ao poder nos anos 30.

⁶⁷ BRESSER PEREIRA. **Economia Brasileira: Uma Introdução Crítica**. p.62-63.

Nesta época, “havia uma descentralização acentuada, com várias instâncias autônomas de poder econômico (concentradas na agricultura exportadora), e uma hipertrofia do poder privado”⁶⁸

A década de 30, especialmente no que se refere ao campo econômico, foi marcada, em todo o mundo, por uma atuação pública mais marcante e de certa forma determinante. Esta acentuação da ação do Estado se fez indispensável dada a necessidade expressa de superação da crise econômica que culminou na quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929.

A depressão, resultado da crise que marcava a economia internacional, foi também determinante para a economia brasileira que até então era marcada pela produção agro-exportadora de café. Quando da crise, a grande oferta de café a ausência de mercados consumidores suficientes para absorvê-la, foi que demonstrou a necessidade de uma intervenção efetiva do setor público para socializar o prejuízo dos cafeicultores: “a fragilidade do setor cafeeiro (e da economia nacional e mundial) gerou uma intensificação de investimentos públicos (diretos ou indiretos) em outros setores o que possibilitou a industrialização do país.”⁶⁹

Foi neste cenário, de crise econômica e da necessidade iminente de um maior e mais eficiente setor industrial, que nasceu a primeira carta constitucional brasileira que tratou especificamente da ordem econômica.

A Carta de 1934 foi marcadamente influenciada pela Constituição de Weimar (1919) e pela Constituição Espanhola (1931). Aquela introduziu um capítulo específico para tratar da “ordem econômica e social (art. 115 a 143)”, apesar de consagrar o sistema liberal.

Ao analisar o tema, WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA destaca que “apesar de formalmente instalar um sistema liberal (livre iniciativa, liberdade de empresa, livre concorrência, etc.). O executivo federal tornou-se detentor de uma centralização e dominação ainda maiores (tanto no que diz respeito ao domínio privado como na relação com os Estados)”⁷⁰.

⁶⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956) in: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, abr/jun,2004. p. 70.

⁶⁹ MOREIRA, Egon Bockamann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. p. 71-72.

⁷⁰ SOUZA, Washington Peluso Albino de. A Experiência Brasileira de Constituição Econômica, in: **Revista de Informação Legislativa**, n.º21, abr/jun, 1989, p. 25.

O liberalismo formal marcou a vigência, ainda que curta, da Carta Constitucional de 1934. Nesta época, o Estado brasileiro passa a investir diretamente na criação de entidades destinadas a exercer atividades econômicas de forma direta, neste período histórico é que se verifica uma transferência de responsabilidades e da prestação de determinados serviços das pessoas privadas às pessoas públicas.

Transferência esta que se deu em decorrência da insuficiência financeira verificada no setor privado brasileiro. Esta insuficiência faz ressaltar que “a característica intervencionista do Estado gerou um perfil desenvolvimentista na economia brasileira, (esta) que começou a se preocupar com investimentos de infraestrutura e indústrias de base”⁷¹.

Ainda quanto a Carta Constitucional de 1934, enfatiza-se a sua característica essencial de fusão entre a economia e o Estado, formando um certo “liberalismo estatal”. Além de uma mais profunda atuação pública, decorrente da adoção de uma política de nacionalizações é que os serviços públicos, até então concessionados em sua maioria, passaram ao domínio e a administração públicas.

Esta transposição do capital privado para o capital público deu-se, especialmente, devido ao “desinteresse dos capitais privados na expansão dos serviços de utilidade pública (...). A conseqüência inevitável foi a deterioração da qualidade dos serviços de utilidade pública, o racionamento de alguns deles e a encampação final desses serviços pelo Estado”⁷².

Foi também neste período que se verificou uma exacerbada preocupação com o desenvolvimento da economia popular, traço marcante atribuído ao texto constitucional de 1934. Este fomento foi justificado pela busca da proteção da livre concorrência, que passava a ser celebrada ainda de forma inicial.

A transmissão de responsabilidade ao patrimônio público, dos serviços que então eram objetos de concessão, deu-se devido a adoção de políticas públicas que restringiam os lucros e a amortização dos capitais investidos na implementação destas concessões. Isto é, os particulares perderam o interesse na aplicação dos seus capitais na prestação dos serviços públicos, dada a quase ausência de perspectiva de retorno em seus investimentos. Isto tendo em vista as restrições legislativas, impostas pelo Poder Público.

⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. P.79.

⁷² SIMONSEN, Mario Henrique. **30 anos de Indexação**. Rio de Janeiro: FGV, 1995, p. 17.

Foi neste contexto histórico marcado eminentemente por crises econômicas que nasceu a Carta Constitucional de 1934, apresentada como “documento de compromisso entre o liberalismo e o intervencionismo”⁷³, o que marcou o nascimento do Estado Social brasileiro na medida em que trouxe arraigada um forte apelo social.

Também se destaca, neste período, a necessidade que este modelo constitucional teve ao apresentar-se como uma alternativa de rompimento com a realidade histórica pautada nos interesses da oligarquia cafeeira. Este texto constitucional

“se projeta em disposições que refletem por igual o teor intervencionista do Estado na ordem econômica, ao asseverar que ‘a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica’ ou que ‘a lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito’. Desencadeara-se no Brasil uma Revolução Industrial que cobrou alento com as mudanças políticas estabelecidas desde 1930, as quais, graças a Constituição de 1934, tiveram o primeiro ensejo de institucionalização.”⁷⁴

No entanto, cabe lembrar que a Carta Constitucional de 1934 não passou, apesar de apresentar-se como inovador diploma legislativo, de mais uma norma formalmente válida e materialmente ineficaz dado o seu curtíssimo período de duração.

Em apenas de 3 anos, foi substituída, por razões de ordem política, por um novo texto, outorgado em 1937, que deu origem ao Estado Novo. Diversamente da Carta Constitucional de 1934, marcada pelo liberalismo formal e estruturada sob os princípios regentes da democracia, a Carta Constitucional de 1937 apresentou-se como “a base do surgimento de uma burocracia estatal com pretensões legislativas, de um Poder Executivo centralizado e extremamente forte, de um Legislativo pulverizado e convertido em Conselho Administrativo”⁷⁵, consolidando a ascensão das forças políticas de direita ao governo.

A atuação política antidemocrática que marcou a outorga deste Texto, visava a sustentação das políticas do Estado Novo, que trouxe como característica elementar o agigantamento ainda mais efetivo do Estado, levando a uma maior

⁷³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.82.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2004. p. 329.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil** p. 339.

acentuação das “características interventivas, como o incentivo público à industrialização, as nacionalizações e a organização corporativa da economia”⁷⁶.

Esta atuação excessivamente interventiva marcou sobremaneira o Estado Novo, que ficou explicitado pelo controle da economia nacional pelo Estado em todos os seus âmbitos. As políticas de incentivo promovidas pelo Estado determinavam os campos de atuação dos agentes privados nos setores econômicos ainda consagrados pela autonomia privada, isto porque, grande parte da economia nacional encontrava-se como objeto da intervenção direta do Estado.

Este período foi caracterizado pelo altíssimo nível de investimentos públicos tanto em infra-estrutura (construção de ferrovias, rodovias, etc.) como também pela marcada prestação de serviços públicos e monopólios estatais, pautado essencialmente numa campanha de nacionalismo econômico que buscava, através da implementação de empresas públicas e da alocação de capital público, a consecução dos direitos fundamentais e a distribuição de renda, que se mostravam então essenciais ao desenvolvimento social: “Vargas passou a reger a economia – quer dela participando ativamente, quer definindo o ser exercício por terceiros. Os investimentos mais vultosos e as maiores empresas passaram a ser de titularidade do Estado-Administração”.⁷⁷

Contudo, apesar deste marcado caráter nacionalista e interventivo durante a vigência e a aplicabilidade do texto constitucional outorgado em 1937, a previsão normativa da intervenção do Estado no domínio econômico apresentava-se ainda um pouco mais restrita se comparada com os textos anteriormente vigentes, visto que só se permitia a intervenção do Estado na economia com a finalidade de compensar as deficiências da iniciativa privada e para ordenar os fatores de produção.

No entanto, “o governo interveio e regulou, direta ou indiretamente, todos os setores da economia nacional – concentrando o comando das relações econômicas públicas, público-privadas, e privadas”⁷⁸.

A queda da ditadura do Estado Novo e a busca incessante pela re-democratização do Estado brasileiro, conseqüência primeira das ideologias advindas com o Segundo Pós-Guerra, dado à consagração dos ideais democráticos nesta, fez

⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. P. 84.

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. p. 87.

⁷⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. p. 88.

com que Vargas deixasse o poder. Sua sucessão foi democraticamente assumida por Dutra, em 1946.

Nesta época “o país continuava a reger-se segunda a Carta de 37, reformada por um processo de legitimidade duvidosa. (deixando) a manutenção do país sob o regime dos decretos leis, até a promulgação da nova constituição”⁷⁹

Com o renascimento da democracia, a Carta Constitucional outorgada em 1937 tornou-se claramente obsoleta e apartada dos princípios que deveriam reger o Estado de então.

Diante desta incompatibilidade entre os objetivos enunciados pelo texto, que marcou a existência do Estado Novo, e a nova realidade democrática que se estabelecia no Estado brasileiro, verificou-se a necessidade da convocação de uma nova constituinte; cujos trabalhos desencadearam na promulgação da Carta Constitucional de 1946. Esta ficou marcada como expressão do liberalismo clássico, inspirado no texto de 1934, além de demonstrar uma forte influência social que definiu a sua promulgação.

Com a promulgação desta Constituição, apresentou-se o termo justiça social pela primeira vez, essa se caracterizou, também, por consagrar “a liberdade econômica vincada em limites expressos”⁸⁰.

ALBERTO VENÂNCIO FILHO, ao tratar do tema, destaca que, “A constituição de 1946 mantém, assim, a estrutura dos poderes do Estado como já arquitetado na Constituição de 1934, embora se apresentasse com melhor estruturação o capítulo referente à ordem econômica e social e demonstrasse maior atenção aos problemas regionais.”⁸¹

Este regresso, e a reafirmação do já disposto na Carta Constitucional de 1934, levaram a uma atuação pública ainda mais contumaz. Desencadeou-se, com isso, uma majoração das estruturas do Estado até então já desenvolvidas. Esta realidade fez com que a necessidade de investimentos públicos se tornasse ainda maior.

Contudo, a demanda por recursos aumentou progressivamente em decorrência destes investimentos, apesar de a arrecadação não ter acompanhado este aumento. A insuficiência de recursos levou, obviamente, a uma queda

⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. ANDRADE, Paes de. **História do Constitucional do Brasil**. p.357-358.

⁸⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico. P. 90.

⁸¹ VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Intervenção do Estado no Domínio Econômico**. p. 432.

considerável na eficiência dos serviços prestados pelo ente público, mesmo com o aumento considerável no número de empresas públicas, sociedades de economia mista e autarquias que possibilitassem a oferta efetiva de determinados serviços.

Pode-se considerar que “a Constituição de 1946 assegurava, pois, um Estado social de direito vazado na mais ampla tradição liberal dos juristas brasileiros”⁸².

O que “torna explícitos os parâmetros fundamentais que balizam a intervenção do Estado no domínio econômico. Depois de fixar os pilares da ordem econômica liberal que se instaura, o texto maior estabelece que a intervenção tem como princípio propulsor o interesse público, mas deverá ater-se aos limites dos direitos fundamentais”.⁸³

Isto comprova, claramente, o primeiro movimento de vinculação da intervenção do Estado no domínio econômico aos direitos fundamentais, também enumerados no texto constitucional. Isto porque se verificou a importância da ligação: intervenção do Estado – Direitos fundamentais, posto que o dispêndio de recursos públicos só se fez justificável na medida da consecução dos direitos fundamentais enumerados na própria Constituição.

A Constituição de 1946 marca, expressamente, o nascimento do Estado-Providência no Brasil, demonstrado isso pelo aumento considerável de aplicação dos recursos públicos para a promoção do desenvolvimento social e para a busca da materialização dos direitos fundamentais enumerados pelo constituinte.

Isto porque, “o fundamento da ordem econômica na constituição de 1946 passou a ser a justiça social, consagrando-se a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”.⁸⁴

É nesta perspectiva de se consagrar a idéia de que a atuação pública no domínio econômico que, cabe considerar “o Estado assume o papel de Estado do Bem-Estar porque o consumo social é mais eficiente, mais barato, portanto, do que o consumo privado”⁸⁵. O Estado passa a titularizar a atividade produtiva, dadas as garantias de retorno efetivo e do controle da prestação de serviço que advém com a titularidade.

⁸² BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. p. 418.

⁸³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 227.

⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25-26.

⁸⁵ BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. **Economia Brasileira: uma introdução crítica**. p. 63.

Apesar de inovar ao consagrar constitucionalmente as políticas sociais e econômicas e da constante busca pela efetivação destas políticas, o Estado “não assumiu um planejamento adequado, nem tampouco diretrizes de longo prazo”.⁸⁶ A carta de 1946 foi revogada diante da outorga de um novo texto, em 1967, pautado nas mesmas diretrizes que embasaram o texto outorgado durante o Estado Novo (1937). Esta influência deu-se em razão do seu acentuado caráter autoritário e intervencionista, o que marcou a vigência da ditadura militar no Brasil.

Quanto à disciplina da ordem econômica “a Constituição de 1967 colocou a intervenção do Estado no domínio econômico sob inspiração de um tema propulsor novo: o desenvolvimento econômico”⁸⁷, que se apresentou embasada nas propostas revolucionárias marcantes da ascensão da Ditadura Militar no Brasil já em 1964. Trouxe ainda como um de seus principais fundamentos a indicação de que o Estado deveria assumir a responsabilidade do desenvolvimento econômico da nação.

A Carta Constitucional outorgada em 1967 caracterizou-se pelo choque das realidades então vigentes, dado a co-existência de textos formalmente liberais que colidiam diretamente com a política ditatorial da época. Diante disso,

“o Estado interferiu de modo cada vez mais crescente na economia, principalmente para proporcionar as condições favoráveis ao crescimento e florescimento do setor privado, particularmente estrangeiro, que obteve inúmeras facilidades de acesso a crédito para se expandir. A estrutura empresarial do Brasil mudou durante a ditadura militar, com o seu controle nas mãos dos grandes grupos transnacionais, reforçando ainda mais a dependência estrutural da economia brasileira.”⁸⁸

Traço marcante do texto constitucional de 1967, revogado apenas com promulgação da Constituição de 1988, foi a emenda constitucional n.º1, editada em 1969. Esta, de forma ainda mais direta, insere o Estado no papel de agente norteador da atividade econômica, uma vez que foi através desta alteração que o Ente Público passou a protagonizar a ordem econômica de fato, atuando, inclusive, no sentido de cercear a liberdade dos investimentos privados e a alocação destes recursos. Nesta época, verificou-se um grande crescimento no número de empresas públicas e sociedades de economia mista⁸⁹ no país.

⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **Anotações sobre a História do Direito Econômico in: RDPE.** p. 92.

⁸⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** P. 228.

⁸⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005. p. 29.

⁸⁹ “Neste período, o desenvolvimento do aparato econômico estatal é extraordinário. Embora o número de empresas estatais não seja um indicador decisivo da participação do Estado na economia,

Há autores que analisam a edição da Emenda n.º1/69 como uma efetiva substituição do texto constitucional⁹⁰, visto a grande monta de suas alterações e a relevância dos princípios determinantes da atuação estatal que foram profundamente alterados.

O marcante crescimento da estrutura do Estado Brasileiro deu-se sob a égide deste texto, o que determinou que a atuação pública se apresentasse como forma de garantir a prestação de determinados serviços e a oferta de bens até então inexistentes ou titularizados pela autonomia privada.

O texto Constitucional de 1967, emendado em 1969, apresentou-se como elemento jurídico eficiente e indispensável à manutenção da ordem política autoritária de então. Contudo, o ressurgimento da democracia pautada no movimento das “Diretas Já”, consolidou a indispensabilidade de uma reforma constitucional, efetivada com a promulgação da Carta Constitucional em vigor.

3.2. Notas sobre a Ordem Econômica na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 mostrou-se como uma resposta ao indispensável processo de redemocratização do país; país este até então submetido ao autoritarismo do regime militar, caracterizado pelo cerceamento das liberdades individuais e coletivas.

Nesta seara, a Constituição de 1988 traz consigo o fortalecimento dos princípios da liberdade de expressão e a garantia dos direitos fundamentais, essenciais ao desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Esta Carta se apresenta como uma resposta eficaz aos anseios até então alimentados pelo povo, no sentido de afastar o longo período repressivo vivido durante o Regime Militar.

Já no que se refere especificamente à economia, tem-se que “a Constituição de 1988 trouxe outra fundamentação ideológica para atuação do Estado no domínio econômico. Esta constituição sofre a influência das Constituições de Portugal e da Espanha, mas recebe também o sopro modernizador do papel do

é significativo assinalar que até o final dos anos 50 havia no Brasil 14 empresas estatais contra 560 em janeiro de 1981.” BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. **Economia Brasileira: Uma Introdução Crítica**. p. 65.

⁹⁰ Neste sentido, afirma PAULO BONAVIDES E PAES DE ANDRADE, “a Emenda Constitucional n.º1, de 1969, ao substituir a Constituição de 1967, tornou-se de fato uma nova Carta, adaptando os vários atos institucionais e complementares. O Executivo se fortaleceu a pretexto de que seguia critérios universais predominantes”. BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes de. **História Constitucional do Brasil**. p.620.

Estado no domínio econômico”⁹¹, o que demonstra as características inovadoras em relação à Carta Constitucional que estava sendo superada.

A Constituição Brasileira atual apresenta-se composta por um “conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere um caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade”⁹².

O enunciado no texto constitucional tem como característica essencial a consagração e o direcionamento da estrutura política e social do Brasil para a realização dos fins nela descritos. Pode-se até mesmo afirmar que a Constituição de 1988 apresenta-se como uma carta proposta do que deve ser consolidado pelo governo estabelecido, como a enumeração das diretrizes econômicas e sociais que devem ser materializadas pela adoção de políticas públicas e pela atuação do Estado.

Ao estabelecer as premissas determinantes da Ordem Econômica do texto constitucional “o constituinte brasileiro não fez, como se esperava, uma opção pelo modelo flexível predominantemente principiológico de constituição econômica”⁹³. O disposto na ordem econômica apresenta como finalidade a construção de “uma nova ordem econômica; quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado”⁹⁴.

Além dos artigos incluídos no título específico que trata do assunto encontram-se, dissipados no texto, normas de ordem geral que se apresentam como mecanismos materiais para a implementação das diretrizes enunciadas neste título.

A Carta Constitucional brasileira atual é um texto complexo, que busca ser interpretado de forma sistemática, dada a ampla relação entre os títulos específicos, como o que busca disciplinar a ordem econômica, e os seus dispositivos gerais, consagradores das liberdades individuais e coletivas e dos direitos fundamentais.

A enumeração da atividade econômica no Texto consagra uma dualidade paradoxal quando insere o agente público em semelhantes condições de competição com os titulares da atividade produtiva privada. “Sob a égide do binômio

⁹¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 229.

⁹² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 157.

⁹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. . O Novo Papel do Estado na Economia in: **Revista de Direito Administrativo** n.º 241 – jul/set.2005. p. 111.

⁹⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. p. 33.

– competição e eficiência – (o Estado) evolui do papel conformativo do mercado, próprio das regulamentações diretas e indiretas, e do papel de substitutivo do mercado, próprio das intervenções concorrenciais e monopolísticas para tornar-se (1) regulador do mercado, (2) alocador de recursos, (3) parceiro econômico e (4) fomentador econômico”⁹⁵.

Ainda neste sentido, destaca-se que:

“a Constituição Federal de 1988 consagrou, no capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, o regime da livre concorrência, de modo à conferir à iniciativa privada a prerrogativa de organizar os fatores de produção. Cabe, deste modo, ao setor privado o papel principal na busca do desenvolvimento econômico e da produção de riquezas. Ao Estado, por outro lado, incumbe, essencialmente, a tarefa de exercer a função fiscalizatória e regulatória das atividades econômicas, coibindo abusos que possam advir do exercício anormal da atividade empresarial.”⁹⁶

A característica vinculante atribuída a Carta Constitucional brasileira apresenta-se como decorrência da exacerbada enumeração das diretrizes da atuação pública e da a sua absoluta vinculação a atuação econômica ao disposto no texto normativo.

Não há como tratar da atuação do Estado e a sua intervenção no domínio econômico privado de forma afastada ou independente do enunciado no texto constitucional. “A intervenção somente poderá eclodir nos exatos termos da previsão legislativa que der cumprimento às exceções previstas no texto maior. Os princípios e regras constitucionais firmam o espaço de atuação estatal na economia, seus limites e conteúdo”⁹⁷.

Ou seja,

“a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica; opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite e intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso de poder econômico visando ao aumento arbitrário dos lucros.”⁹⁸

⁹⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Novo Papel do Estado na Economia in: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. p. 107.

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica in: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001 p.407-408.

⁹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a Economia** Tese. P. 140.

⁹⁸ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 174.

Especificamente no que se refere à análise da Ordem Econômica e Financeira, que compreende o título VII do diploma legislativo ora analisado, tem-se que destacar as condições de admissibilidade e o destaque às possibilidades de intervenção pública no domínio privado. Destaca MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO que “com o advento da Constituição de 1988, o papel do Estado na economia foi remodelado. A ordem econômica funda-se na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, cabendo ao Estado as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”⁹⁹.

Essencial diferença quanto à influência exercida pelo texto constitucional é de que este atua apenas como norma de natureza indicativa para a atuação do agente privado na ordem econômica, enquanto o mesmo disposto é, por questões óbvias, vinculativo à atuação pública na economia. Dispender capital público deve ter como pressuposto as estritas condições descritas no Texto vigente para que se possibilite a satisfação dos interesses comuns.

Destaca-se, ainda, a maior atenção destinada à Ordem Econômica, não apenas devido à relevância deste título, mas, também, dada a importância da delimitação da atuação pública na economia nas estritas condições e pressupostos descritos se comparadas às Cartas anteriores.

No entanto, a delimitação e o detalhismo com que a constituição trata a atuação do Estado no domínio econômico, CELSO RIBEIRO BASTOS, afirma que a conveniência de se tratar longamente da matéria econômica na Constituição pode ser questionável, na medida em que o legislador ingressou por minúcias ao delimitar esta atuação, de forma a criar empecilhos a condução da atuação econômica que, teoricamente, dever-se-á conduzir de forma autônoma¹⁰⁰.

Não há, contudo, o que se falar em ordem econômica na Constituição de 1988 enquanto elemento normativo independente do texto como um todo, jamais se pode tratar da interpretação ou aplicação da constituição, de que matéria específica esteja se tratando, de forma estanque. A interpretação constitucional deve, sempre, apresentar-se como resultado de uma atuação e de uma verificação sistemática do

⁹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização – Privatização, Concessões e Terceirização**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 1997. P. 44.

¹⁰⁰ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. 7.

disposto no texto maior e no que se refere à ordem econômica, não se tem uma compreensão divergente.

Os enunciados que regulamentam a atuação do Estado consagram a livre iniciativa, e proporcionam a atuação do ente público pautada, sempre, na busca pela consecução dos direitos fundamentais e as finalidades do Estado, especialmente, no que se refere à consecução da dignidade da pessoa humana.

Portanto, a regulamentação da ordem econômica consagrada no texto constitucional, promulgado em 1988, busca refletir de forma eficaz e pertinente a necessidade de consagração de princípios gerais, como os da liberdade de mercado e das previsões específicas de atuação do ente público enquanto agente econômico, bem como determinar em que condições, especificamente, o Estado atuará. Quando desta atuação, estabelece também os limites, a que regime jurídico e em que condições ela se dará, o que demonstra a importância e a vinculação da atividade estatal ao texto de forma estrita.

3.3. As reformas do Estado a partir de 1995: as Privatizações.

O ato de privatizar apresenta-se como um estatuto jurídico de sentido amplo, visto que não há como apresentar um conceito único e definitivo do termo, uma vez que este se revela susceptível de comportar múltiplas acepções. A adequação do Estado às novas realidades, principalmente, a necessidade de equilíbrio nas contas públicas e de eficiência na prestação dos serviços, levou a privatização de muitas das empresas estatais brasileiras.

Contudo, “numa acepção genérica, poderá dizer-se que o termo ‘privatizar’ tem sempre o significado de tornar privado algo que antes o não era: privatizar envolve, por conseguinte, remeter para o Direito Privado, transferir para entidades privadas ou confiar ao setor privado zonas de matérias ou bens até então exclusivos ou mais limitadamente sujeitos a uma influência dominante privada”¹⁰¹.

¹⁰¹ OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública in: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.36.

A partir de 1995 o Estado brasileiro; mergulhado em uma profunda crise fiscal e tentando superar a hiperinflação que permeou o início da década de 90¹⁰²; verificou a obrigatoriedade de adequação do tamanho da máquina pública à realidade financeira na qual se inseria o país. “A crise fiscal do Estado impedia que houvesse os investimentos necessários para melhorar a produtividade e ampliar a produção (das empresas estatais. Isto) não apenas porque a empresa privada fosse mais bem gerida que a pública, mas porque o Estado se tornara desinvestidor líquido pela falta de recursos”¹⁰³

Foi então que o Estado passou a abdicar da responsabilidade e dos ônus de prestar determinada gama de serviços, tidos como atuação interventiva do Estado no domínio econômico, para, então, transferi-los aos particulares (setor privado) através do processo de privatizações.

Inquestionavelmente, “a reforma do Estado, particularmente pela via da Reforma Gerencial da administração pública, é uma resposta do processo de globalização em curso”¹⁰⁴. A efetiva transformação do modelo de atuação do Ente Público Brasileiro no domínio econômico, além de recente, apresenta-se como uma cogente resposta às solicitações do mercado, que exigiu políticas públicas efetivas e a redução de gastos para que se possibilitasse a manutenção do país no cenário político e econômico internacional.

A redução da atuação do Estado se deu em decorrência clara da crise ocorrida na década de 80. Crise esta que está ligada diretamente “ao caráter cíclico da intervenção estatal e ao processo de globalização, que reduziu a autonomia das políticas públicas econômicas e sociais (...) O Brasil (então, nesta perspectiva) viveu um período de estagnação da renda per capita e de alta inflação (...) A causa fundamental dessa grande crise econômica foi a crise do Estado, que vinha ocorrendo mundialmente.”¹⁰⁵

A necessidade da adoção das políticas de privatização nada mais foi do que uma resposta do Estado brasileiro às necessidades de adequação de sua

¹⁰²O início da década de 90, em relação à economia brasileira, foi um início conturbado dado os reflexos da moratória declarada em 1987, a hiperinflação e a sucessão de planos econômicos que marcaram o final da década de 80 e o início da de 90, estes que foram majoritariamente um fracasso.

¹⁰³ CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: a História que vivi**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. p.158-159.

¹⁰⁴ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para Cidadania**. Brasília: Editora 34, 2002. p. 31.

¹⁰⁵ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para Cidadania**. Brasília: Editora 34, 2002. p. 35-40.

realidade econômica aos ditames da globalização econômica vivida intensamente nesta década, comprovado visto que se “privatiza o que não deve permanecer com o Estado, quer por violar o princípio da livre iniciativa (CF, art. 173), quer por contrariar o princípio da economicidade (CF, art. 70)”¹⁰⁶.

Esta adequação às exigências internacionalmente impostas é que levou a necessidade de corrigir

“a anomalia do gigantismo do Estado, oriunda de uma política que lhe atribuiu o papel de condutor da economia. Este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, lhe compete, retornando o Estado às suas funções típicas, especialmente no que concerne ao essencial, como saúde pública, segurança, educação e saneamento.”¹⁰⁷.

O modelo de privatizações adotado pelo Estado brasileiro a partir de 1994 mostra-se como a forma mais eficiente de reduzir os gastos públicos decorrentes da manutenção da estrutura pública, bem como de adequar o novo modelo de atividade estatal na economia com a realidade globalizada que as exigiu. Além disso, foi também necessária a modernização destes serviços e para isso, a aplicação de recursos, foi diante desta realidade que o Estado se viu obrigado a concessionar os serviços.

Isto devido ao “total esgotamento da capacidade de investimento público sem instituição de novos tributos ou encargos sociais, inibindo ou desestimulando toda e qualquer forma de poupança privada, força a redução do custo da máquina, liberando os recursos privados a ela transferidos para atividades produtivas que acarretem aumento do nível de geração de riqueza”¹⁰⁸.

A principal transformação advinda do processo de privatização foi a modernização e o salto qualitativo ocorrido na prestação dos serviços, além, da abertura ao modelo de mercado concorrencial. Isto foi marcado por uma acentuada mudança na política de preços.

Tem-se, pois, que o objetivo inicial das políticas de privatização foi a busca de reordenar a intervenção do Estado no domínio econômico, pautando-a, essencialmente, em políticas de resultado e otimização da aplicação dos recursos públicos.

¹⁰⁶ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. p.55.

¹⁰⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. p. 47.

¹⁰⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**. P. 58.

Esta transformação estruturou-se na recondução de determinados setores, até então resignados a titularidade do Estado, para a iniciativa privada que determinou a alocação de recursos para a sua atualização e sujeitou-a ao regime de livre iniciativa norteador da atuação privada.

Foi a edição das reformas constitucionais que marcaram a transformação da atuação do Estado brasileiro de forma cada vez menos intervencionista e direcionadora. No que se refere à ordem econômica possibilitou-se a quebra de grandes monopólios até então vigentes, como exemplo claro desta nova realidade “ainda que não tenham comprometido as linhas básicas da ordem econômica originariamente contemplada na Constituição de 1988, as emendas constitucionais promulgadas a partir de agosto de 1995 cedem ao assim chamado neoliberalismo, assinalando o desígnio de abertura da economia brasileira ao mercado e ao capitalismo internacional”¹⁰⁹.

Tendo em vista a privatização tanto de empresas públicas que atuavam em regime de livre concorrência com empresas do setor privado, também como de empresas públicas que atuavam em determinados setores da economia sob o regime de monopólio estatal, é que se fez indispensável criação, pelo Poder Público de entes tecnicamente especializados e que proporcionassem a regulação e a fiscalização dos serviços prestados¹¹⁰ no setor como forma de garantir a qualidade e a eficiência.

Assim, pode-se dizer que a materialização das reformas constitucionais ocorridas em 1995, as privatizações, foram determinantes para a passagem do modelo de Estado Brasileiro Intervencionista para uma proposta de Estado Regulador, isto, dado à impossibilidade de manutenção das estruturas políticas e econômicas que determinaram à ocorrência da crise fiscal, cujos efeitos ainda hoje são sentidos pela sociedade brasileira.

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.161.

¹¹⁰ Refere-se aqui às Agências Reguladoras independentes. Sobre o tema: CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras e seu Poder Normativo**. São Paulo: Dialética, 2001; JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2003.

4. A INTERVENÇÃO DIRETA DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO.

4.1. Premissa: A possibilidade de atuação direta do Estado enquanto empresário (o disposto no art. 173¹¹¹ da Constituição Federal).

A atuação do Estado enquanto agente econômico, isto é, quando titular da execução de determinada atividade econômica em sentido estrito¹¹², está, necessariamente, vinculado ao disposto constitucional acerca desta disciplina, apresentada no art. 173 da Constituição Federal.

A atuação do estado quando desvinculada da prestação de serviço público, e executada nas mesmas condições enfrentadas pela iniciativa privada quando da sua atuação no mercado, está ligada de forma estrita aos parâmetros do disposto no art. 173 da Constituição Federal.

¹¹¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

¹¹² A classificação jurídica ora adotada foi estabelecida pelo prof. Eros Roberto Grau.

O que “torna claro que o Estado somente poderá intervir para assegurar valores assinalados no texto constitucional como merecedores de custódia especial”¹¹³.

Esta custódia especial necessária despendida a esta atuação, também se apresenta como requisito para LUIS ROBERTO BARROSO ao lecionar que “a legitimidade da atuação estatal na ordem econômica se dá em hipóteses restritas, como nos casos de monopólio público expressamente previstos no texto e nas que vem enunciadas no caput do art. 173 (...). Somente em hipóteses restritas e constitucionalmente previstas poderá o Estado atuar diretamente, como empresário, no domínio econômico”¹¹⁴.

O artigo constitucional ora tratado refere-se às condições nas quais o Estado poderá atuar economicamente e vincula esta ação às condições enunciadas no texto constitucional de forma expressa.

Destaca-se, contudo, que a necessidade e a efetiva vinculação do Estado durante a prestação destes serviços se dá, sobretudo na realidade brasileira, em virtude da inexistência de poupança privada suficiente que possibilite à iniciativa privada a assunção da titularidade de empresas que se responsabilizassem na prestação destes serviços: “a intervenção estatal na economia importa celebrar não uma desproporção ou uma invasão desmedida, nem tampouco uma abstenção estatal, mas um equilíbrio de forças no próprio mercado em questão”¹¹⁵.

O Estado não intervém na economia; ou toma para si a iniciativa de titularizar uma empresa estatal voltada à consecução de determinado fim econômica ou politicamente relevante; de forma arbitrária e desvinculada dos ditames constitucionais. Conforme já enunciado, o Estado, ao titularizar a atividade econômica, o faz pautado nos estreitos ditames constitucionais e sempre voltado à consecução de determinado interesse eleito para a efetividade de uma política socialmente relevante.

¹¹³ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agências Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia**. p.260.

¹¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de Intervenção do Estado na ordem econômica in: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.393-397.

¹¹⁵ O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Economico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.p.83.

Ainda que amplamente vinculado ao exposto no texto constitucional, tem-se também que destacar a ampla e iminente necessidade de relação com os princípios celebrados no caput do artigo em questão.

O texto constitucional somente admite que o Estado promova sua atuação no domínio econômico, como produtor de riquezas, quando comprovado o relevante interesse público ou quando vinculado à questão de segurança nacional uma vez que “é vedada ao Estado a exploração direta de atividade econômica. A ressalva contida no art. 173 permanece como mandamento vigente, (...) quando explora a atividade econômica, o faz através de empresas públicas, de sociedades de economia mista ou de outras entidades (...) sujeitas às obrigações trabalhistas e tributárias extensíveis as empresas privadas.”¹¹⁶

Esta dependência à verificação do relevante interesse público e a questões relacionadas à soberania nacional justifica-se com a necessidade de que “se comprove que o Estado terá melhores condições de atingir o interesse coletivo (ao prestar o serviço) do que os particulares”¹¹⁷, ou seja, o Estado somente pode ser o titular da prestação de determinado serviço se comprovado, de forma expressa, as suas melhores condições em atingir este objetivo se comparado à atuação do agente privado.

Destarte o já enunciado, há necessidade de indicar que não há qualquer menção no texto constitucional a uma definição específica ou ao estabelecimento de padrões genéricos sobre a determinação do que se compreende como relevante interesse público ou como questão de segurança nacional, o que também não se efetivou de forma independente na legislação, conforme previsão do caput do art. 173.

Destaca-se, ainda, que o exercício da atividade econômica em sentido estrito depende da existência de uma empresa estatal que o viabilize. Pode-se compreender a efetiva justificação do exercício de determinada atividade eleita pelo Estado; quer seja como indispensável à satisfação do interesse público, quer seja pela comprovada relevância no que se refere à garantia da segurança nacional; se dê através de lei específica voltada a regulamentar e justificar a criação da empresa responsável à satisfação destes interesses.

¹¹⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.235.

¹¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. P.74. vol. VII.

A partir da criação da empresa estatal, o que se dá através de lei ordinária, deve-se justificar, e também, determinar não apenas a dotação orçamentária necessária para o seu estabelecimento, como os fins a serem alcançados pela atuação desta pessoa jurídica.

Ao se analisar as possibilidades e as condições de eficácia plena¹¹⁸ do art. 173 da Carta Constitucional Brasileira, há de se levar em consideração não apenas as restrições e vinculações ao efetivamente enunciado em seu texto, mas, sobretudo, a interpretação sistemática do Texto como um todo. O dispêndio de capital público, o saneamento do interesse comum e a garantia da segurança são temas amplos, apesar de não determinantes, o que demonstra a efetividade e a relevância deste artigo nos estatutos jurídicos que criam os entes que irão atender de forma efetiva e direta a estes interesses.

4.2. Distinção entre Intervenção em sentido estrito e prestação de serviço público.

O Estado, ao intervir diretamente na economia, o faz de formas distintas, mas sempre através da criação de uma personalidade jurídica que tenha como objetivo precípuo esta intervenção. Diante disso, há relevante consideração a ser apresentada acerca da diversidade entre as conseqüências e os objetivos da atuação do ente público enquanto prestador de serviço público e como agente interveniente no domínio econômico.

Ao prestar serviço público, o Ente Público o faz pautado na satisfação de interesses e objetivos práticos, claramente diversos daqueles que movem a sua atividade enquanto agente interventor no domínio econômico em sentido estrito.

A relevância desta distinção se comprova através da seguinte análise: “o Estado interfere, na ordem econômica, mediante atuação direta. Aqui, todavia, é necessário distinguir duas possibilidades: (a) prestação de serviços públicos; (b) a exploração de atividades econômicas”¹¹⁹, uma vez que “o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público.

¹¹⁸ São normas constitucionais de eficácia plena aquelas que produzem efeitos imediatos, desde a entrada em vigor da Constituição, isto é, tem possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais que mesmo indiretamente o legislador constituinte quis regular.

¹¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de Intervenção do Estado na ordem econômica in: **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.396.

Atua, no caso, em área de sua própria titularidade. Intervenção é, no contexto mais correto (...) atuação estatal em área de titularidade do setor privado”¹²⁰.

Esta distinção se torna ainda mais clara pela diversidade do regime jurídico das empresas estatais que tem como objetivo a prestação de serviços públicos, e aquelas que têm como objetivo claro a exploração de atividade econômica em sentido estrito: “essa diferença reflete uma distinção feita pela Constituição, quando disciplina a intervenção estatal no setor econômico. Segundo a doutrina prevalente, a Constituição distingue, nos art. 173 e 175, atividade econômica (propriamente dita) e serviço público”¹²¹.

Ao prestar serviço público, o Estado está ligado aos parâmetros estabelecidos pelo disposto no art. 175¹²² da Constituição Federal. O que comprova esta vinculação, clara e indispensável, do ente público enquanto agente prestador de serviços, ao disposto no capítulo atinente aos direitos fundamentais. “Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinadas a pessoas indeterminadas e executada sob o regime de direito público”¹²³.

Pode-se indicar, ainda, que a prestação de serviço público propriamente dito, de forma desvinculada de qualquer possibilidade, pretensão de obtenção de lucro ou resultado positivo por parte do Estado, demonstra a diversidade das naturezas jurídicas e dos objetivos quando comparados ao exercício empresarial desenvolvido pelo Estado nos parâmetros do art. 173 da Carta Constitucional. O que comprova a distinção da natureza jurídica das prestações ora celebradas.

No que se refere à natureza jurídica da prestação do serviço, quando a atividade é prestada vinculada ao especificado no art. 173 da Constituição, tem-se

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 84.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p.106-107

¹²² Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 478.

que este se dá em regime jurídico semelhante ao estabelecido para as empresas privadas. Trata-se, então, do exercício de atividade econômica pelo Estado em sentido estrito, o qual se efetiva através da subsunção da atividade ao regime jurídico de direito privado.

Já quando presta serviço público, o Estado o faz sujeitando-se a regime jurídico de natureza diversa, isto é, se sujeita ao regime jurídico de direito público, visto que “a atividade de serviço público é um meio de realizar os fins indisponíveis para a comunidade. (...) As atividades necessárias à satisfação (dos direitos fundamentais) direta e imediata são subordinadas ao regime jurídico de Direito Público. (...) O Regime de Direito Público é o meio formal para a satisfação dos direitos fundamentais”¹²⁴.

Verifica-se, também, a indicação de que a própria prestação e a eleição de determinado serviço como serviço público, tendo em vista a sua característica jurídico-institucional, somente é possível quando pautada no reflexo das políticas públicas essenciais, que também são formas manifestas de intervenção do Estado no domínio econômico. Isto porque:

“a prestação de serviço público pressupõe a utilização de recursos limitados para satisfação de necessidades entre si excludentes. Isso envolve a utilização de recursos econômicos.

A qualificação de uma atividade como serviço público exclui a aplicação do regime próprio de Direito Privado. A submissão de uma atividade ao âmbito do serviço público acarreta a redução da órbita da livre iniciativa. Quanto mais amplo o universo dos serviços públicos, menor é o campo das atividades de Direito Privado. E a recíproca é verdadeira.”¹²⁵

Diante disso verifica-se a necessidade de indicação de que a partir do momento em que o legislador entende por conveniente eleger certa atividade como sendo objeto de interesse suficientemente relevante, o que possibilita a sua prestação pelo Estado através do regime jurídico de serviço público, há sim uma limitação ainda que indireta à iniciativa privada quando do exercício da mesma atividade.

A eleição de uma determinada atividade como serviço público faz com que a atuação privada neste campo seja reduzida, não apenas em decorrência da

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro in: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, n.º7, jul/set 2004. p. 147.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro in: **RDPE**. p. 149.

ausência de interesse por parte do agente privado na prestação deste serviço, mas também, pela ausência eminente de condições deste agente em concorrer em condições mercadologicamente competitivas com o ente público nesta prestação.

Quando um determinado serviço está vinculado, quer seja de forma direta ou mesmo indireta, à satisfação de um determinado direito fundamental consagrado na Carta Constitucional, há a necessidade de ligação desta prestação a edição de lei que a materialize esta ligação de forma clara e direta, o que se efetiva através da eleição deste serviço como público.

Destarte a natureza de serviço público e ausência de intuito de lucro nesta prestação, estes serviços, obviamente, não necessariamente devem ser prestados de forma gratuita pelo Estado. A sua prestação pode ser remunerada através da fixação de taxas ou contribuições, dado que “todo o usuário deve contribuir para os serviços, na medida de suas possibilidades, tomando em vista a intensidade dos benefícios auferidos e da própria riqueza individual”¹²⁶.

Entretanto, esta oferta se dá de forma diversa do serviço prestado ou do produto de uma empresa estatal que se submete ao regime jurídico de direito privado, distinção que resta evidenciada pelas possibilidades de lucro a ele vinculadas, isto porque o serviço público, mesmo ao exigir contraprestação através do pagamento de taxas, jamais terá como objetivo a obtenção de lucro.

Esta desvinculação do elemento lucro, e a sua relação apenas a restituição de valores mínimos despendidos na realização do serviço é que o torna economicamente ineficiente a prestação competitiva do agente privado

Essencialmente, a diversidade de regime jurídico aos quais se submetem, o serviço público e a intervenção econômica do Estado na economia em sentido estrito, mostra, de forma evidente, a diversidade também dos objetivos a serem alcançados pelo prestador. A principal distinção entre a prestação de serviço público e o exercício de atividade econômica em sentido estrito refere-se aos objetivos que norteiam estas atuações, a primeira, busca a concretização de direitos fundamentais, ao tempo que a segunda pauta-se na realização de lucro.

A sujeição ao regime jurídico de direito público afasta qualquer tentativa do agente privado de competir com o ente público na prestação deste serviço. Isto porque mesmo sendo o agente privado detentor de condições máximas de

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Serviço Público no Direito Brasileiro in: **RDPE**. p.159.

eficiência, jamais estará prestando o serviço tendo como objetivo principal a consecução de determinado direito fundamental. Ao contrário, o objetivo do agente privado, no exercício de atividade econômica é, via de regra, o lucro.

Mesmo o Estado, quando exerce atividade econômica em sentido estrito, está vinculado à busca de lucro no exercício desta atividade. Cabe, ainda, uma ressalva acerca da possibilidade de dependência de patrimônio público à prestação de atividades com o intuito de resultados positivos, uma vez que o Ente Público tem sua atuação ligada aos dispostos constitucionais, à garantia da dignidade da pessoa humana e à consecução do bem comum, elementos estes afastados, diametralmente, da obtenção de retorno financeiro no exercício de qualquer atividade.

Na perspectiva da dependência à consecução dos direitos fundamentais é que se torna manifesta a necessidade de dispêndio de recursos públicos para a sua prestação. Já no que se refere ao exercício de atividade econômica, torna-se amplamente questionável a aplicação de capital público para a sua prestação, uma vez que quando aplicado, mesmo sendo objeto de retorno financeiro a longo prazo, está se distanciando, ainda que indiretamente, da consecução imediata da dignidade da pessoa humana.

Então, cabe verificar as condições de aplicação do capital público através da estrutura jurídica e da vinculação legislativa das empresas públicas e sociedades de economia mista, entes jurídicos criados pelo poder público para a prestação de atividade econômica em sentido estrito, e a dependência do retorno financeiro aos objetivos sociais enunciados constitucionalmente como os fins do Estado de Direito.

4.3. Natureza Jurídica das Empresas Estatais e sua relevância na intervenção direta do Estado no Domínio Econômico.

O Estado quando atua no exercício de atividade econômica, o faz somente através da criação de empresas estatais, isto é, de empresas públicas e sociedades de economia mista.

Torna-se evidente que ao tentar materializar o disposto no art. 173 da Carta Constitucional, o ente público intervém na economia através da criação de empresas que tenham como objetivo principal a consecução de algum interesse do Estado no exercício de sua atividade: “o art. 173 da Constituição Federal estabelece que o

Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito. Isso significa que há um segmento de atividades econômicas subordinadas ao princípio da livre iniciativa.”¹²⁷

Quando exerce atividade econômica, o Estado, conforme disciplina a Constituição, o faz em condições semelhantes a que estão submetidos os agentes econômicos privados. Apesar de pautar-se em fundamentos diversos daqueles que impulsionam a atividade econômica privada, o ente público intervém na economia de forma a efetivar políticas públicas, que visem à garantia do bem comum ou mesmo buscando concretizar questões estratégicas relacionadas à segurança nacional, conforme enunciado no art. 173 da Constituição.

Esta atuação se verifica através da criação de personalidade jurídica própria e, conseqüentemente, apresenta-se vinculada ao regime jurídico de direito privado. Isto dada à opção feita pelo legislador constituinte quando determina a sujeição da prestação à personalidade independente e a sua vinculação aos princípios constitucionais enumerados.

Destaca-se ainda que estas empresas são estruturadas financeiramente sobre a alocação de recursos públicos. A sua criação só se dá mediante promulgação de lei que determine a quais objetivos, isto é, qual a finalidade do ente criado e em que condições estes objetivos serão alcançados.

Apesar de sujeitas ao regime jurídico de direito privado, não há como pensar a aplicação de capital público de forma absolutamente desvinculada de restrições. Caso esta possibilidade de dispêndio amplo e irrestrito de capital se tornasse possível, a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista apresentar-se-ia uma arma eficiente para a corrupção e o desvio de recursos públicos.

Apesar de sujeitarem-se ao regime privado, a finalidade pública da atuação destas empresas mostra-se como um substrato verificado na própria lei que a criou. Comprova-se isso, uma vez que,

“os recursos econômicos utilizados são, na origem, de titularidade estatal, portanto não podem ser utilizados senão para a realização dos interesses coletivos e para a promoção dos direitos fundamentais. (...) Mas é inerente a natureza administrativa das empresas estatais a submissão à instrumentos de controle. Isso significa a incidência de controles

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo..** p. 107.

internos, (...) e um vínculo entre a gestão da empresa estatal e a pessoa administrativa que detiver seu poder de controle”.¹²⁸

Por isso, as empresas estatais são uma forte arma do Poder Público à concretização de suas políticas internas, especialmente, no que se referem ao controle de determinados ramos da atividade econômica e ao alcance de objetivos, tanto financeiros; materializados através da manipulação do mercado pela atuação destas empresas; quanto sociais, que são concretizados pela alocação dos recursos daí advindos.

Trata-se aqui de empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito e não das prestadoras de serviço público. As empresas públicas aqui referidas “são pessoas jurídicas criadas por força de autorização legal como instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes de ser coadjuvante da ação governamental”¹²⁹.

Em decorrência do substrato econômico-financeiro público que compõe a realidade destas empresas é que se verifica a impossibilidade das suas prestação estar desvinculada dos princípios gerais do direito público.

Quanto à composição acionária destas empresas, destaca-se que nem sempre a União ou outros membros da Federação são os majoritários. Elas podem ser titularizadas também por autarquias, por outras empresas públicas ou por sociedades de economia mista que decidam investir seu capital na formação destas.

As sociedades de economia mista são também uma forma jurídica destinada a materialização do disposto no art. 173 da Constituição Federal, indica-se que elas nada mais são do que uma “pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de atuação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado (...) constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito de voto pertençam em sua maioria à União ou entidade de sua Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular”¹³⁰.

A “participação ativa do poder público na vida e realização da empresa, não importa seja o Estado o sócio majoritário ou minoritário; o que importa é que lhe

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 112.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 13ª Edição, 2004. p. 172.

¹³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. p. 177.

reserve, por lei ou convenção, o poder de atuar nos negócios sociais”¹³¹, isto é, apesar de partilhar os riscos e os lucros decorrentes do exercício da atividade destas empresas com os agentes privados, o Estado busca através da manutenção do controle acionário destas empresas a consecução dos seus interesses.

Inquestionavelmente, as empresas públicas e sociedades de economia mista são entes jurídicos de relevância proeminente na materialização do enunciado no art. 173 da Carta Constitucional. O Estado só pode atuar economicamente de forma direta, exercer atividade econômica em sentido estrito, quando revestido de personalidade jurídica independente e adequada a atuar em condição de igualdade com os agentes privados para não incorrer em concorrência desleal.

A disposição legislativa, que determina a sujeição destas empresas ao regime jurídico de direito privado apresenta-se como uma evidente opção do legislador no sentido de resguardar o princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, base da regulamentação da atividade econômica na Carta Constitucional. Isto evidenciado pela vedação de qualquer concessão de imunidades fiscais ou benefícios financeiros a estas empresas.

A sujeição ao regime jurídico de direito privado e as condições constitucionais que determinam, de forma expressa e vinculante, a atuação do Estado no exercício de atividade econômica condicionam, ainda que indiretamente, os resultados por elas apresentados, manifestado isto pela vinculação expressa ao relevante interesse público e a questões de segurança nacional.

Mesmo apresentando-se como uma opção de baixo risco aos investimentos privados, dada a ampla garantia oferecida pelo patrimônio público e a sua não sujeição ao regime falimentar (empresas estatais só são criadas por lei e somente por atuação legislativa podem ser extintas), estas empresas têm sua atuação e seus resultados condicionados aos resultados políticos e sociais eleitos pelo Estado.

A condição apresentada à obtenção de resultados diretos pode ser prejudicada uma vez que os objetivos primordiais destas empresas, tendo em vista a sua ligação com a consecução de objetivos não apenas financeiros, mas também à materialização e a apresentação de resultados estabelecidos pelas políticas públicas e pelos benefícios sociais acurados pelo maior acionista destas, o Estado.

¹³¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. São Paulo: Lúmen Iures Editor, 2003. p. 66.

Portanto, quando se analisa a atuação de empresas estatais em campo teoricamente reservado a aplicação exclusiva de capital privado, tem-se de levar em conta que a atividade por elas exercida está diretamente relacionada com as mesmas diretrizes que norteiam a aplicabilidade do capital privado. Estas acrescidas, obviamente, de ressalvas, pautadas na natureza da atuação, mesmo que subsidiariamente se sujeita aos princípios gerais de direito público. Isto evidenciado pela busca do bem comum que norteia de forma ampla e irrestrita a atuação do Estado, quer seja como prestador de serviço público, quer seja no exercício de atividade econômica.

5. REQUISITOS À INTERVENÇÃO: VINCULAÇÃO CONSTITUCIONAL, SUBSIDIARIEDADE E DIGNIDADE HUMANA.

5.1. A intervenção do Estado no domínio econômico como forma de preservação do relevante interesse coletivo e da segurança nacional.

Ao analisar-se a intervenção direta do Estado no domínio econômico, pautada na efetividade do art. 173 da Constituição Federal, tem-se de levar em conta os pressupostos, apresentados pelo texto normativo como a consecução dos princípios da a segurança nacional e do relevante interesse coletivo.

Ao disciplinar a possibilidade do Estado atuar economicamente, o constituinte entendeu ser indispensável a determinação de alguns requisitos para a aplicação de recursos públicos na constituição de empresas voltadas a esta finalidade. Isto se dá em decorrência de que "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"¹³².

Contudo, ao referir-se a segurança nacional e relevante interesse coletivo, o legislador constituinte nada mais fez do que vincular esta definição a edição normativa posterior, conforme explicita a expressão "conforme definidos em lei". Esta edição, no entanto, jamais se materializou, visto que a margem discricionária ali estabelecida, isto é, aberta pelo constituinte à atuação do legislador ordinário, mostra-se relevante, visto que faz referência a conceitos jurídicos subjetivos, de interpretação ampla e que ainda não foram objetos de lei ordinária que os conceitue.

Ademais, "o art. 173 menciona, singelamente, 'conforme definidos em lei'. Não a tendo qualificado como lei federal, conclui-se tratar-se de lei produzida ou quem detenha competência sobre a matéria de que trata dispor"¹³³.

Quanto à competência para a edição de normas, EROS ROBERTO GRAU, ao analisar a necessidade desta vinculação mostra que a ausência de definição legal e dependência de uma posterior lei que o defina, torna evidente a intenção do

¹³² Art. 173, caput, Constituição Federal.

¹³³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

constituente em ampliar estas possibilidades, ao permitir que esta definição seja dada tanto por lei estadual quanto por lei federal que venha a instituir empresa estatal voltada ao desenvolvimento desta atividade¹³⁴.

A definição exata do objetivo do constituinte ao condicionar a atuação do Estado no domínio econômico de forma direta a estes requisitos mostra-se ainda em aberto. Cabe, por isso, questionar o que de fato significa relevante interesse coletivo? E imperativo à segurança nacional?

Quanto se trata de conceituar “relevante interesse coletivo” há de entendê-lo de forma restrita. Ele busca explicitar a relação entre o desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, pelo Estado, e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana de forma indireta.

É evidente que o relevante interesse coletivo está diretamente ligado à materialização dos direitos e garantias fundamentais consagrados no texto constitucional.

Já no que se refere à definição de segurança nacional e a sua vinculação ao desenvolvimento de atividade econômica em sentido estrito, cabe destacar que este conceito se “cuida, agora, de segurança atinente à defesa nacional, que, não obstante, não há de conduzir impositivamente, sempre, à exploração direta, pelo Estado, da atividade econômica em sentido estrito”¹³⁵.

A previsibilidade, por parte do constituinte, de necessidade de lei complementar que viesse a determinar, em padrões relativamente objetivos, ao que ele (constituente) se referiu quando ligou a atuação do Estado no domínio econômico aos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo mostra que, estes conceitos, de ordem subjetiva, são determinantes para esta ação.

A atuação econômica do Estado apresenta-se não apenas relacionada à “aspectos meramente formais de aplicação das leis e atos administrativos, mas que primordialmente voltem as suas preocupações aos cidadãos que são afetados por tal atividade interventiva”¹³⁶.

Ao se disciplinar a atuação direta do Estado no domínio econômico, torna-se evidente a necessidade de relação desta atuação aos princípios legislativos, tanto

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 258-259.

¹³⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 258.

¹³⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata in: **Estudos de Direito Econômico**. p. 57.

de ordem constitucional como infra-constitucional, que determinem os seus limites explícitos, com também as condições em que se efetiva, especialmente, em razão do dispêndio de recursos públicos ali ocorridos.

Apesar de referir-se a conceitos subjetivos e de depender de lei posterior (que ainda não foi editada) que venha a disciplinar o efetivo significado dos termos “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, condicionantes da atuação econômica do Estado em sentido estrito, o dispositivo constitucional jamais deixou de ser aplicado.

Por isso, resta comprovada, pelas reincidentes manifestações do E. STF ao analisar questões relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, que a aplicação e a verificação da materialidade destes conceitos, no que trata da atuação destacam, sempre, a sujeição desta ao regime jurídico de direito privado¹³⁷, independente do assunto em tela. Reconhece, reiteradamente, o E. STF que as empresas estatais quando atuam conforme o disposto no art. 173 da Constituição o fazem nas estritas condições estabelecidas pelo regime jurídico de direito privado, ainda que sua criação e o exercício da sua atividade estejam condicionados.

Conforme afirmado, a vinculação do exercício de atividade econômica pelo Estado aos requisitos de segurança nacional e relevante interesse coletivo apresenta-se consolidada pelo voto proferido pelo Min. Marco Aurélio Mello na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 46/DF, que enuncia:

“se exorta a livre iniciativa e a liberdade econômica (na Constituição), a regra (portanto) é que os particulares desenvolvam tais atividades livremente, desde que atendam à disciplina própria para cada setor da economia, atuando o Poder Público apenas de maneira subsidiária, quando imprescindível por imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo – artigo 173 da Constituição Federal em vigor”¹³⁸.

Destarte a verificação destas condições apresentadas pelo constituinte para que se possibilite a efetiva atuação do Estado, diretamente, na economia, esta ação se mostra indispensável, ainda que o texto constitucional celebre a livre

¹³⁷ Neste sentido, AI- AgR n.º 507.326/RJ, cuja ementa enuncia que: “*Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a Consolidação das Leis do Trabalho, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo. 2. A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal. 3. Agravo regimental improvido.*” (2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, v.u., DJ 03.02.2006, p.49).

¹³⁸ ADPF n.º 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJ 26.05.2006.

iniciativa de forma ampla, reconhece, por outro lado, a necessidade de atuação econômica do Estado.

Justifica-se esta ligação estabelecida pelo constituinte ao preenchimento de condições subjetivas para a criação de empresas estatais que atuem na economia dada a preocupação deste com o dispêndio dos recursos públicos.

Quando tratamos da constituição de uma empresa estatal, que atuará conforme o disposto no art. 173, faz-se indispensável o dispêndio de relevante quantia de capital público. Mesmo que a atividade desenvolvida por esta empresa venha a apresentar resultados financeiramente positivos, destinados à materialização de alguma política pública previamente determinada, o investimento inicial aplicado pelo Poder Público na sua constituição já justifica as balizas criadas pelo constituinte.

Este lucro jamais poderá estar desligado da materialização, mesmo que mediata, dos direitos e garantias fundamentais consagrados pela Carta Magna. Conforme enunciado, a atuação do Estado na economia de forma direta está ligada à efetividade de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento econômico e social do Estado. Isto tendo em vista que a sua finalidade é a oferta de condições de existência digna aos seus cidadãos.

A materialização das garantias constitucionais, através da atuação econômica do Estado, não se mostra como uma realidade tão assente. Não há o que se questionar acerca da maior eficiência apresentada pelos agentes privados no desenvolvimento de atividades econômicas, quando comparadas à prestação de serviços por entes públicos.

Isto porque “toda função adicional assumida pelo governo é uma nova ocupação imposta a um organismo já sobrecarregado de obrigações. Uma conseqüência natural disso é que a maior parte das coisas acaba sendo malfeita, e muitas nem sequer são feitas”¹³⁹.

Destaca-se, contudo, estar se tratando de uma regra geral, uma vez que existem exemplos manifestos de empresas estatais amplamente eficientes, como a Petrobrás, que apresenta, reiteradamente, resultados positivos na sua atuação econômica.

¹³⁹ MILL, John Stuart. **Princípios de Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1983. p. 398.

Apesar de muitas vezes ineficiente, não há como desvincular absolutamente a atuação pública direta na economia. Determinados ramos da atividade econômica ou não apresentam mercado suficientemente competitivo; o que justifica a necessidade de atuação do Poder Público como forma de garantir, efetivamente, a consecução do interesse público na prestação de determinado serviço; ou apresentam-se como serviço relevante a questões de segurança nacional.

Assim, apesar da atuação direta do Estado no domínio econômico estar relacionada a conceitos de ordem subjetiva, que ainda não foram objeto de eleição legislativa, é evidente que “o juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma de empresa pública, ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se, em cada tempo, e à vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional”¹⁴⁰, e este juízo é que determina a atuação dada a inexistência de legislação que estabeleça, em padrões objetivos, os conceitos acima descritos.

Traz-se também como indispensável “a reserva à lei a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista e conseqüentemente exigir a participação do legislativo no juízo da existência do interesse público, na intervenção ativa do Estado em determinado setor da economia”¹⁴¹.

5.2. A Atuação Direta do Estado no Domínio Econômico: o princípio da subsidiariedade e a necessidade de uma atuação sensata.

Ao se avaliar materialmente a ação direta do Estado no domínio econômico, os pressupostos burocráticos aos quais se sujeita, é que se demonstra que esta não deve se apresentar como regra, mas sim como exceção. Isto em decorrência tanto da necessidade de edição legislativa que a autorize quanto da verificação de requisitos de ordem subjetiva, relativos à segurança nacional e ao relevante interesse coletivo.

¹⁴⁰ ADIn n.º 234/RJ, voto do e. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento em 22.06.1995, DJ 15.09.1995, p. 23.

¹⁴¹ Justificação de voto prolatada pelo Min. Sepúlveda Pertence ao acompanhar o relator pela declaração da inconstitucionalidade do artigo de lei da Constituição do Rio de Janeiro em questão, objeto da ADIn n.º 234/RJ. Julgamento em 22.06.1995, DJ 15.09.1995, p. 23.

Neste aspecto, JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA afirma ser “a exploração direta da atividade econômica pelo Estado constitui-se numa exceção. A regra é a de que o Estado não deve atuar diretamente no domínio econômico.”¹⁴² CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO quando leciona que “dado a participação do Estado na exploração econômica só pode ser suplementar da iniciativa privada, a qual contará tanto com preferência nesta esfera, quanto com o dever estatal de aí estimulá-la e apoiá-la, segue-se que o Poder Público não pode ocupar setores suficientemente providos”¹⁴³ manifesta-se no mesmo sentido.

Este caráter excepcional demonstra uma pretensa relação da ação do Estado na economia o caráter subsidiário, isto porque a Constituição celebra a livre iniciativa e a propriedade privada dos bens de produção o que contraria a intervenção direta e irrestrita.

A relação entre a atuação direta do Estado no domínio econômico e o princípio da subsidiariedade não se mostra como assunto pertinente apenas à Constituição de 1988. Já no texto outorgado em 1967, em seu art. 163, verifica-se a ligação da atuação direta do Estado ao princípio da subsidiariedade quando enunciou:

“Art. 163: Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - **Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.**

§ 2º - Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas pública, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações.

§ 3º - A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.”¹⁴⁴

Quando se trata da ação subsidiária do Estado no domínio econômico está se analisando “uma atuação secundária, suplementar ou complementar num espaço constitucionalmente reservado às empresas privadas”¹⁴⁵.

¹⁴² LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. p. 233.

¹⁴³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Estado e Ordem Econômica in: **Revista de Direito Público**. p. 37.

¹⁴⁴ Constituição Federal de 1967, art. 163.

¹⁴⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata in: **Estudos de Direito Econômico**. p. 92.

O Estado Brasileiro, enquanto Estado Democrático de Direito, destaca em seu texto constitucional a livre iniciativa¹⁴⁶ e a livre concorrência,¹⁴⁷ alavancando-as ao status de princípio constitucional, o que evidencia que a atuação do Estado no domínio dos agentes econômicos privados só deve dar-se de forma subsidiária. Isto é, de forma a preencher lacunas deixadas por estes agentes ou como forma de consecução de determinado interesse publicamente relevante.

Ademais isto,

“atender ao princípio da subsidiariedade significa dizer que o que possa ser realizado de maneira satisfatória pelas empresas privadas não deve ser assumido pelo Estado. A eficiência do Poder Público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas.

Nessa toada, a atuação do Estado na atividade econômica deverá ocorrer apenas quando esta se mostrar falha, ou insuficiente, de modo que o Poder Público aja de maneira a corrigir as imperfeições que o mercado sozinho não for capaz de digerir.”¹⁴⁸

Esta realidade resta demonstrada porque a intervenção do Estado não apenas está condicionada a materialização de algum relevante interesse coletivo ou à imperativos de segurança nacional, como também, deve dar-se em casos da verificação de falhas no mercado. Ou seja, não deve o poder público “atrapalhar” a efetiva materialização dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa sem pautar-se no saneamento de falha mercadológica ou na verificação da efetiva necessidade de sua atuação.

Entretanto, a dificuldade, verificada na efetividade do princípio da subsidiariedade ora tratado, demonstra referir-se a uma clara distinção: “uma coisa é a sua previsão legislativa (e a respectiva descrição doutrinária), outra é sua aplicação (e conseqüências e controle. Ainda mais em economias capitalistas como

¹⁴⁶“Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão da liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. A Constituição, ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a ‘iniciativa do Estado’ (...).A liberdade, amplamente considerada – insisto nesse ponto -, liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que se conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade.” (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 191-191.

¹⁴⁷Ainda EROS ROBERTO GRAU, ao analisar a questão, afirma que “a livre concorrência é pela Constituição de 1988 erigida à condição de princípio” (**A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004.p. 192).

¹⁴⁸ Voto, Min. Marco Aurélio Mello, ADPF 46.

a brasileira, onde o Estado dantes intervinha fortemente e hoje encontra-se afastado, qualitativa e quantitativamente do domínio econômico”¹⁴⁹.

A atuação direta do Estado na economia deve ser tratada de forma secundária, isto porque sucumbir-lha princípio da subsidiariedade torna evidente a sua natureza suplementar e corretiva se comparada à atuação dos agentes privados.

Contudo, subsumir, de forma determinante a ação do Estado no domínio econômico à verificação das falhas de mercado, pode acarretar, na criação de uma cláusula-barreira¹⁵⁰, isto é, vincular a atuação direta do Estado no domínio econômico à verificação de falhas e à incapacidade do setor privado para solucionar ou atuar de forma satisfatória na economia, acaba por impedir, de fato, a atuação direta do Poder Público como forma de satisfazer aos seus próprios interesses e às suas necessidades.

Ligar expressamente a atuação direta do Estado no domínio econômico ao princípio da subsidiariedade impede, mesmo que de forma relativa; a efetiva materialização do disposto no art. 173 da Constituição Federal. Isto porque se estaria impedindo a ação direta do Estado visando à concretização de políticas públicas e apenas permitindo que esta se dê de forma a suprimir falhas mercadológicas.

Tendo em vista que este dispositivo legal, ao disciplinar a atuação direta deixa em aberto, à discricionariedade do legislador ordinário, a definição e a explicitação das finalidades do Poder Público ao concretizá-la. Destaca-se, ainda, que esta ação pode estar estruturada sobre pressupostos relacionados à soberania ou a efetivação de determinado direito fundamental enumerado pela Carta Magna, o que evidencia a solução de falhas de mercado não deve ser a única razão possível à atuação do Estado na economia.

Por isso, esta ação do Estado no domínio econômico, antes de vinculada ao princípio da subsidiariedade, deve estar pautada na ponderação do Poder Público ao definir as condições de sua atuação. Isto é, ela deve estar pautada, de

¹⁴⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a Economia**. Tese, UFPR, janeiro 2004.p. 250.

¹⁵⁰ “Neste sentido de bloquear tanto a intervenção em sentido estrito como aquela regulatória, o princípio da subsidiariedade assume no direito brasileiro a configuração de uma cláusula-barreira, a impedir ‘uma ‘subeversão’ da ordem de tarefas e competências constitucionalmente previstas”. MOREIRA, Egon Bockmann. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a Economia**. Tese, UFPR, 2004 p.252.

fato, na sensatez, explicitada pelo compromisso das definições tomadas pelo Ente Político ao tratar da constituição de empresas estatais e do dispêndio de capital público, bem como no reflexo que esta atuação trará aos interesses dos agentes privados naturais deste setor.

Isto porque,

“o que faz surgir a necessidade de cogitações acerca de uma intervenção sensata, proporcional e razoável ao mercado e aos interesses públicos e privados postos em jogo. Num sistema capitalista que celebra a constitucionalmente a liberdade de iniciativa, a liberdade de empresa e a liberdade de concorrência, a intervenção do Estado na economia há de ser necessária, ponderada, excepcional e pontual – com finalidade pública específica.”¹⁵¹

Portanto, a atuação direta do Estado na economia deve, antes de tudo, estar estruturada na proporcionalidade e na ponderação dos interesses em jogo, uma vez que sempre se verificará o conflito entre os interesses públicos e privados no campo econômico.

5.3. A Intervenção Direta do Estado no Domínio Econômico como alternativa de materialização dos direitos fundamentais, sobretudo, da dignidade da pessoa humana.

O art. 173 da Constituição Federal, ao disciplinar a atuação direta do Estado no domínio econômico, vinculou a atividade empresarial desenvolvida pelo poder público ao relevante interesse coletivo e a questões relacionadas à segurança nacional. Destarte esta vinculação, o art. 170¹⁵², ao abrir o capítulo referente à Ordem Econômica, deixa claro que estas atividades desenvolvidas no Estado Brasileiro terão como finalidade a materialização do princípio da dignidade da pessoa humana.

Isto se dá tendo em vista que “o sentido integrativo da proposta estatal no domínio econômico, importa, assim, num requisito indispensável de ordenação em que resulte manifesta a certeza das relações jurídicas como elemento fundamental

¹⁵¹ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata in: **Estudos de Direito Econômico**. p. 81.

¹⁵² Art. 170, Constituição Federal, “Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”

para o efetivo desenvolvimento da sociedade e ao o respeito aos direitos fundamentais”¹⁵³

Esta vinculação mostra uma tentativa do legislador constituinte em determinar que a ação do Estado no domínio econômico deve se apresentar também como uma arma para concretizar e efetivar os direitos e garantias fundamentais elencados na própria Constituição. Conforme leciona EROS ROBERTO GRAU, “a dignidade da pessoa humana é adotada pelo texto constitucional concomitantemente como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (mundo do ser)”¹⁵⁴.

Diante disso, cabe questionar em que consiste o princípio da dignidade da pessoa humana? Como pode, o Poder Público, através de sua atuação como empresário, contribuir para a sua consecução?

“A dignidade da pessoa humana – não apenas fundamento da República Federativa do Brasil, mas também o fim ao qual se deve voltar a ordem econômica (mundo do ser). (...) (Por isso), o exercício da atividade econômica, em sentido amplo – e em especial em sentido estrito – com o programa de promoção da existência digna, de que, repito, todos devem gozar”¹⁵⁵.

A atuação direta do Estado no domínio econômico é estruturada sobre os princípios norteadores da ordem econômica enquanto estes mesmos princípios se apresentam apenas como diretrizes à atuação dos agentes privados. Isto porque, o dispêndio de capital público está diretamente condicionado as finalidades do Estado e seus compromissos estabelecidos constitucionalmente.

O texto constitucional não é “um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços”¹⁵⁶. A interpretação dos dispositivos constitucionais deve se materializar, sempre, de forma sistemática, o que demonstra que a interpretação dos dispositivos da ordem econômica jamais podem se dar de forma estanque e independente dos princípios norteadores da própria República.

¹⁵³ CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 13.

¹⁵⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 179.

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 180-181.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. p. 179.

Enquanto fundamento da República Federativa do Brasil¹⁵⁷ e como princípio¹⁵⁸ constitucional de efetividade relativamente imediata, a dignidade da pessoa humana apresenta-se, juntamente com o direito à vida, como parte do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Tão fundamental que, além de se apresentar como finalidade da ordem econômica, é também fundamento da República Federativa do Brasil

Partindo-se do pressuposto o princípio em questão se apresenta como um fim da Ordem Econômica na Constituição brasileira, cabe ainda destacar que este princípio se apresenta como “o valor fundamental assumido pela Constituição, todos os direitos de natureza econômica e relacionados com a atividade empresarial tem pertinência com este postulado e não podem ser a ele contrapostos”¹⁵⁹.

A dignidade humana trata-se de um pressuposto de ser homem, isto é, “o homem, em virtude tão somente da sua condição biológica humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelos seus semelhantes e pelo próprio Estado”¹⁶⁰.

Nesta perspectiva, este princípio se materializa como um direito inerente e irrenunciável à condição de ser humano, é um direito consagrado do qual os

¹⁵⁷ ART. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”¹⁵⁸ Cumpre destacar que as normas constitucionais podem-se classificar em princípios e regras. “Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõe, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991, p. 173-174.

¹⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, Ordem Econômica e Constituição in: **Revista de Direito Administrativo n.º 212**. abr/jun, 1998, p. 117.

¹⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005. p. 115.

indivíduos não podem renunciar, por estar diretamente relacionado à manutenção de sua integridade psíquica.

Ademais o disposto, a dignidade da pessoa humana demonstra ser um requisito ao princípio da igualdade e relacionado também a oferta de condições de desenvolvimento da personalidade dos cidadãos.

Ao ser apresentada como princípio constitucional, e não restrita a apenas mais um direito contido no capítulo atinente aos direitos fundamentais, apresenta-se como uma norma jurídica dotada de eficácia plena, se comparada às normas constitucionais de eficácia contida¹⁶¹, que dependem expressamente de edição legislativa ordinária como forma de regulamentar e, com isso, possibilitar a sua eficácia.

Ainda quanto à definição deste princípio lembra-se que está relacionado à configuração de um valor que visa garantir primeiramente, a sua não violação por parte do Estado e dos particulares, e a sua proteção ativa por parte do Estado¹⁶². Estas disposições comprovam que a dignidade da pessoa humana, enquanto conceito aberto, está diretamente ligado à manutenção da integridade física e psíquica dos indivíduos bem como a oferta de condições dignas de sobrevivência aos cidadãos. E é neste sentido que este princípio influencia e se justifica como finalidade da atuação dos agentes econômicos.

Esta ligação constitucional à consecução do princípio da dignidade da pessoa humana, demonstra o afastamento do Estado Brasileiro de uma economia de mercado absolutamente liberal. Este pauta a sua atuação econômica não na imediata e irrestrita obtenção de lucros, finalidade clara da atuação econômica quando estruturada no princípio da livre iniciativa e na livre concorrência, mas estrutura-a na busca de materialização de princípios constitucionais que celebrem o ser humano de forma ampla.

O Poder Público, quando interfere de forma direta na economia, demonstra de forma mais expressa a busca de efetividade do princípio da dignidade da pessoa

¹⁶¹ Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas em que o legislador externalizou de forma suficiente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou em aberto à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos estabelecidos pela lei constitucional ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados.

¹⁶² MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata **in: Estudos de Direito Econômico**. p. 66.

humana, através da limitação da exploração da mais valia de forma infindável e a sua relação com a efetivação de políticas públicas.

Se o Estado atuasse na economia exclusivamente para a manutenção das boas condições do mercado ou para solucionar, no menor tempo possível as suas falhas, nada mais estaria fazendo do que legitimando a busca incessante por lucros, norteadora da atuação privada. O que afastaria qualquer razão forte que a justificasse, uma vez que a aplicação de grande monta de capitais públicos no seu desenvolvimento estaria voltada à obtenção de benesses quase que exclusivamente aproveitadas pela classe produtora de forma imediata.

Esta realidade ora descrita não se mostra como verdade. A atuação direta do Estado no domínio econômico se mostra como uma forma de materialização de políticas públicas, como um mecanismo do Poder Público para atingir as suas finalidades e sobretudo, para garantir aos cidadãos condições mínimas de sobrevivência.

Assim, a intervenção direta do Estado no domínio econômico se mostra como arma para a concretização de políticas que tenham como principal finalidade a implementação de uma distribuição de renda mais justa e a busca por uma sociedade mais igualitária.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Estado como empresário, ao titularizar empresas privadas que dominam determinados ramos da atividade econômica, se mostra como relevante e indispensável tanto à economia, quanto à sociedade, sobretudo no Brasil.

Esta relevância se comprova não apenas no domínio público de empresas privadas; (visto que mesmo quando titularizadas pelo governo estão revestidas de personalidade jurídica de direito privado); altamente lucrativas, que exploram ramos relevantes da atividade econômica, como o financeiro e o petroquímico, mas, através da avaliação dos resultados sociais que esta atuação apresenta.

A evolução histórica desta intervenção demonstra a sua reincidência nos mais diversos momentos pelos quais passou a história econômica brasileira. Nas últimas décadas, verifica-se uma gradativa busca de superação dos déficits econômicos apresentados por estas empresas e dos prejuízos financeiros sustentados pelo Estado em decorrência disto.

Esta superação, foi pautada no retorno ao domínio privado de determinados ramos desta ação. A privatização das empresas públicas apresentou-se como uma necessidade, não apenas em decorrência da crise fiscal vivida, mas também devido à indispensabilidade de modernização e de um salto qualitativo na prestação destes serviços. Estes que só se efetivariam de forma eficaz através da transferência aos agentes privados destas atividades.

Contudo, a privatização jamais será absoluta. O Estado Brasileiro jamais deixará de atuar economicamente de forma a ausentar-se absolutamente do mercado. Isto porque, antes de pautar-se na busca de resultados contábeis positivos, lucro, a atuação direta do Estado na economia se apresenta como uma forma eficaz de materialização de políticas públicas e de resultados socialmente relevantes.

As empresas estatais se mostram como uma arma eficaz e, atualmente, indispensável na materialização dos princípios da República. Especialmente, como forma de efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, não há como abdicar da atuação do Estado de forma absoluta, esta se faz relevante para a consecução de políticas públicas que visem uma melhora considerável na qualidade de vida dos cidadãos. O Estado, ao se

apresentar como titular de atividades economicamente estratégicas e imprescindíveis à promoção das condições de vida da sociedade, é também detentor de uma arma suficientemente eficiente para garantir, mesmo que a longo prazo, o equilíbrio de determinados setores mercadologicamente estratégicos.

A intervenção, entretanto, não se apresenta como uma constante na evolução histórica da atuação pública. Apresenta-se, sim, como resultado de uma variante que passou do mais completo abstencionismo (em países que efetivamente materializaram a idéia de liberalismo, fato este não verificado no Brasil), marcado pela fase absolutamente liberal do Estado, até a intervenção maciça do ente público no domínio econômico, marcada pela busca de superação das crises econômicas e sociais então vividas.

Atualmente, vincula-se a ação econômica do Estado ao princípio da subsidiariedade, através da sujeição da atuação pública à insuficiência do agente privado em garantir os resultados necessários àquele ramo da economia ou mesmo quando manifesto o interesse e a necessidade desta atuação. Esta que se verifica quando externalizadas questões relativas ao interesse público e à questões de segurança nacional.

Portanto, a relação do Estado Brasileiro com a economia se mostra, desde os primórdios, marcada, fortemente, por uma atuação acentuada daquele, neste. Como ocorreu em grande parte das economias hoje subdesenvolvidas, sempre se verificou uma forte dependência dos resultados econômicos à atuação do Estado. Ali, os agentes privados jamais foram suficientemente capazes de garantir estabilidade e resultados econômicos de forma satisfatória a ponto de garantir um equilíbrio sem a ação efetiva do Estado na economia.

Esta instabilidade recorrente mostra a relevância da atuação ao campo social. O Estado é, sem dúvidas, um dos maiores agentes econômicos e, conseqüentemente, um dos maiores empregadores da sociedade. O reflexo e a proporcionalidade da intervenção mostram-se, então, indispensáveis ao desenvolvimento do Estado. Não existe Estado eficaz sem a garantia e a eleição de setores economicamente estratégicos que estejam sujeitos a sua titularidade, o que proporciona mesmo indiretamente um controle da realidade econômica nacional.

Apesar de gradativamente reduzida, dada a crise fiscal decorrente da época de sua atuação maciça, e da titularidade de ramos econômicos não tão indispensáveis, ela se mostra, ainda, indispensável a efetivação dos fins a que o

Ente Público, constitucionalmente, se propõe, especialmente, no que se refere a materialização dos princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços in: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 2001, n.º226, out/dez, pp.187-212.

_____. **Temas de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo e ANDRADE, Paes. **A História Constitucional do Brasil**. Porto: Universidade Portucalense Infante D. Henrique, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. **Crise Économique et Réforme de l'État au Brésil**. Paris: Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2002.

_____. **Economia Brasileira: uma introdução crítica**. São Paulo: Editora 34, 1998, 3ª Edição.

_____. **Reforma do Estado para a Cidadania**. São Paulo: Editora 34, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991.

CARDOSO, Fernando Henrique. **A Arte da Política: A História que vivi**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003, 16ª Edição.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003, 6ª Edição.

_____. Intervenção do Estado no Domínio Econômico e Breves Considerações sobre Agências Reguladoras in: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte: Fórum, n.º 2, abr/jun, 2003 p. 257-271.

FONSECA, Ricardo Marcelo (organizador). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez de. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GONÇALVES, Pedro. **Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador** in: **Estudos de Regulação Pública I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2004, 9ª Edição.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Direito Regulatório. GUIMARÃES, Edgar. **Estudos em Homenagem ao Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp.349-379.

_____. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Serviço Público no Direito Brasileiro in: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Fórum, n.º7, jul/set, 2004, p.143-169.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel e MOREIRA, Vital. **A mão visível**. Coimbra: Almedina, 2003.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MATTOS, Paulo (coord). **Regulação Econômica e Democracia**. São Paulo: Editora 34.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004, 17ª Edição.

_____. O Estado e a Ordem Econômica in: **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 62, abr/jun, 1982, pp. 34-46.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. O Novo Papel do Estado na Economia in: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n.º 11, jul/set, 2005, p. 99-120.

MOREIRA, Egon Bockmann. Anotações sobre a História do Direito Econômico Brasileiro (Parte I: 1930-1956) in: **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**. Belo Horizonte, n.º 6, abr/jun, 2004, pp.67-96.

_____. **O Direito Administrativo Contemporâneo e as suas relações com a Economia**. Tese, UFPR, janeiro/2004.

_____. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. CUÉLLAR, Leila e MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. pp.52-98.

MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelho, 1978.

_____. **Auto-Regulação Profissional e Administração Pública**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Intervenção Estatal sobre o Domínio Econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações) **in: Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n.º 224, abr/jun, 2001, pp. 285-299.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Economia Política**. Coimbra: Serviço de Textos, 1998.

_____. **Neoliberalismo e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Noção e Objeto da Economia Política**. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. **Sistemas Econômicos**. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1994.

NUNES, Simone Lahorgue. **Os Fundamentos e os limites do poder regulamentar no âmbito do mercado financeiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, 4ª Edição.

_____. **Fundamentos para a Codificação do Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OTERO, Paulo. Coordenadas Jurídicas da Privatização da Administração Pública **in: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.30-57.

PINHO, Diva Benevides e VASCONCELOS, Marco Antonio Sandoval (coord). **Manual de Economia**. São Paulo: Saraiva, 2002.

REICH, Norbert. Intervenção do Estado na Economia (Reflexões sobre a Pós-Modernidade na Teoria Jurídica) **in: Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro, n.º 94, abr/jun, 1990, p. 265-282.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, Antonio Carlos et. alli. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 2001, 4ª Edição.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIMONSEN, Mario Henrique. **30 Anos de Indexação**. Rio de Janeiro: FGV, 1995.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 1997.

_____. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A Experiência Brasileira de Constituição Econômica in: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Diretoria de Informação Legislativa, n.º 102, abr/jun, 1989, pp. 21-68.

_____. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

STUART MILL, John. **Princípios da Economia Política**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SUNDELD, Carlos Ari (coord). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo, Malheiros, 2002, 4ª Edição.

SUSTEIN, Cass. Porque as sociedades precisam de dissenso in: **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Fórum, n.º13, jan/mar, 2006, pp. 55-90.

Referências bibliográficas

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **A Intervenção do Estado no Domínio Econômico.**
Rio de Janeiro: Renovar, 1998.