
LIMITES CONSTITUCIONAIS À AÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

Bruno Mattos e Silva*

1. Introdução

O tema do presente artigo é o regime jurídico da ação do Estado na economia, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal.

Visto sob o ângulo objetivo, o regime jurídico das ações estatais na economia consiste na positivação das opções de políticas econômicas estabelecidas pelo Estado. Isso tem sido chamado de *direito econômico*. As opções políticas são consagradas pela síntese das forças dominantes que controlam o Estado. Nesse sentido, o direito econômico seria “uma espécie de ordenamento constitucional da economia, no qual se situariam os princípios básicos que devem reger as instituições econômicas” (COMPARATO, 1978, p. 462). Assim, o objeto do direito econômico seria um pouco mais amplo, pois além de tratar do planejamento, trata também da ação estatal. Daí o caráter *instrumental* do direito econômico.

Há outros conceitos de direito econômico, inclusive no sentido de ser ele muito mais um método interpretativo do que um ramo autônomo do direito, pois as diretrizes da política econômica matizam as normas de cada ramo (NUSDEO, 1995, p. 38). Também já se afirmou que o direito econômico regeria *relações econômicas*: durante o período soviético, uma corrente doutrinária sustentou que o direito econômico rege não apenas a direção da atividade econômica pelo Estado, mas também as relações econômicas entre os diversos agentes econômicos (LAPTEV, 1988, p. 42).

Tomamos neste trabalho, como sentido de direito econômico, o regime jurídico da ação estatal na economia. Isso abrange a normatização (produção de normas) para a proteção das relações privadas com conteúdo econômico, pois a positivação de normas jurídicas é um ato estatal. Porém, não se pode confundir a regência dessas relações, que se inserem precipuamente no âmbito do direito privado, com os limites constitucionais à produção dessas normas ou de outros atos de intervenção estatal na atividade econômica.

* BRUNO MATTOS E SILVA é Mestre em Direito. É Consultor Legislativo do Senado Federal.

Como pressuposto óbvio para desenvolvimento do tema, é preciso definir o que é atividade econômica e situar esse tema dentro da ciência jurídica. Após, é necessário verificar os modos pelos quais Estado pode atuar na economia.

Optamos por classificar em três as formas de ação estatal na economia: normatização, prestação dos serviços públicos e exercício de atividade econômica em sentido estrito.

2. Conceito de atividade econômica

Antes de definir o que é *atividade econômica*, é preciso definir o que é *atividade*. Em sentido amplo, atividade é qualquer ação. Em termos mais estritos, *atividade* é uma série de atos concatenados, dirigidos a uma finalidade (SZTAJN, 2003, p. 92). Essa finalidade poderá ser econômica ou não.

Atividade *econômica* é qualquer atividade produtora de riquezas, que se opera por meio de transformação de produtos já existentes para a criação de produtos novos (à luz das ciências exatas, “nada se cria, tudo se transforma”) (SILVA, 2007, p. 45). Ou seja, atividade econômica é a atividade criadora de riqueza ou de nova vantagem econômica (COTTINO, 1976, p. 69). Atividade econômica compreende tudo aquilo que possa ser objeto de especulação lucrativa (GRAU, 1998, p. 138).

É necessário que a atividade econômica seja exercida com intuito de lucro?

Lucro, que é a remuneração do exercente de atividade econômica, consiste na diferença entre os *resultados* e os *custos* da atividade. Os lucros poderão, em cada caso concreto, existir ou não. Existirão lucros se essa diferença for positiva; se for negativa, existirão prejuízos ou perdas. A atividade econômica, abstratamente considerada, é uma atividade que *potencialmente* é geradora de lucros ou de perdas.

A doutrina tradicional considera que o objetivo da atividade econômica deveria ser o de lucro para fins de caracterização, sob o aspecto jurídico, como atividade empresária, pois se a atividade é *profissional*, tem-se implícito que é exercida com ânimo de lucro (MARCONDES, 1977, p. 11; ASCARELLI, 1964, p. 172-173), bem como atividade econômica, por sua índole, seria necessariamente uma atividade de lucro (MESSINEO, 1954-1956, p. 201).

Por outro lado, também já se afirmou que a atividade econômica é suscetível de gerar lucros, ainda que ele não ocorra por razões de mercado, de má avaliação do empresário etc. (CORSI, 2003, p. 28), ou mesmo nos casos em que isso ocorre por uma escolha do agente da atividade econômica, como é o caso da empresa pública, que poderá ou não gerar lucros (RIVA-SANSEVERINO, 1977, p. 134; CORSI, 2003, p. 28). O intuito de lucro, portanto,

seria um elemento natural, mas não essencial como motivo da atividade econômica (ASQUINI, 1996, p. 116).

O Estado, por exemplo, pode criar uma empresa pública para exercer alguma atividade econômica com um objetivo que não seja o de gerar lucros para si, mas beneficiar a economia do país como um todo. Essa atividade é econômica? Evidente que sim, pois ela é potencialmente lucrativa, ainda que, por uma opção política, ela não o seja no caso concreto¹.

Diante de tudo isso, parece ser mais adequado perceber que a atividade econômica deve ser *abstratamente* passível de gerar lucro (SILVA, 2007, p. 45 a 47), o que explicaria as hipóteses em que uma pessoa jurídica exerce atividade econômica sem ânimo de obter lucro, mas apenas para exercer um fim social (ex. uma empresa estatal deficitária ou uma cooperativa). A questão é controvertida na doutrina (GALGANO, 1978, p. 55-56; AULETTA; SALANITRO, 1998, p. 16).

As atividades econômicas poderão ser consideradas como serviço público ou não, conforme opção política do legislador. A parcela da atividade econômica que não é considerada serviço público constitui a chamada *atividade econômica em sentido estrito* (GRAU, 1998, p. 132). Ou seja, partindo de uma noção ampla de atividade econômica – tudo aquilo que é potencialmente lucrativo – podemos fazer uma divisão entre a atividade econômica que está precipuamente (mas não exclusivamente) no campo de ação dos particulares (atividade econômica em sentido estrito) e a que está no campo de ação do Estado (serviço público).

3. A ordem econômica constitucional

A atuação estatal na economia não é arbitrária, não podendo ser feita ao talante do governante. Ao contrário, há regência por normas jurídicas, criadas pelo próprio Estado, que vinculam a Administração Pública como um todo. O conjunto de princípios e regras que regem a atuação do Estado na economia é chamado de Direito Econômico.

É intuitivo que cabe ao Estado regular relações privadas com conteúdo econômico. Pretende-se aqui discutir quais outras ações exercidas pelo Estado não se caracterizam como simples normas de direito privado.

Assim, regras relativas ao fomento estatal da atividade econômica, à criação de uma situação favorável à atividade econômica, à proteção da concorrência e do mercado, entre

¹ “Che l’impresa pubblica non produca utili è conseguenza di una scelta gestionale e política, non del carattere dell’attività.” (CORSI, 2003, p. 28).

outras, não parecem ser singelamente normas de direito privado. Com efeito, as normas dessas ações fazem parte do que passou a se chamar de *direito econômico*.

O regime jurídico da atuação estatal na economia (direito econômico) pode estar constitucionalizado, isto é, pode ter seus princípios básicos contidos na Constituição. É o que ocorreu, no Brasil, a partir da Constituição de 1934, embora se possa afirmar que antes disso já existia direito econômico em razão das normas de poder de polícia que regulavam a atividade econômica. Adiante iremos analisar essas questões.

A *finalidade* de realização da política econômica do Estado é uma marca do direito econômico. Nisso consiste seu caráter instrumental, que no plano do direito constitucional faz parte da noção consagrada de *constituição dirigente*.

A título de exemplo, vejamos uma exposição de direito econômico, efetuada pela Constituição cubana:

En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre (art. 14). (...) El Estado organiza, dirige y controla la actividad económica nacional de acuerdo con el Plan Único de Desarrollo Económico-Social, en cuya elaboración y ejecución participan activa y conscientemente los trabajadores de todas las ramas de la economía y de las demás esferas de la vida social (art. 16, párr. 1º) (MARILL RIVERO, 1989, p. 88, 141 e 142).

No Brasil, exatamente porque é fundamento constitucional da ordem econômica a livre iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), bem como a propriedade privada é princípio dessa mesma ordem econômica (art. 170, II), além das hipóteses expressamente previstas na Constituição, o Estado apenas deverá explorar diretamente a atividade econômica quando tal exploração for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). Não é, como vimos acima, a *opção política* contida na Constituição cubana, que prevê não apenas a planificação econômica, mas também a propriedade socialista dos meios de produção.

Ou seja, o *conteúdo* das normas de direito econômico em Cuba e no Brasil são diferentes. Também são diferentes a Lei nº 8.884, de 1994 do Brasil e a Lei Sherman dos Estados Unidos.

Mas é inegável que todas essas normas – de Cuba, do Brasil e dos Estados Unidos – têm o nítido propósito de dirigir a economia. No caso do Brasil e dos Estados Unidos, as normas procuram, dentre outros objetivos, defender a concorrência contra abusos do poder econômico.

O que pode existir é uma direção da economia *a favor* do mercado (Brasil e Estados Unidos) e não um total ou quase total controle dos meios de produção por órgãos estatais

(Cuba). Veja-se, nesse contexto, os limites da expressão, acima mencionada, de “*dirigir a economia*”!

Não podemos ser ingênuos a ponto de pensar que são as bases constitucionais da ordem econômica que definem a estrutura de determinado sistema econômico; a *constituição formal* não *constitui* a realidade material. Por outro lado, não é possível aceitar um determinismo econômico sobre a realidade jurídica formal (SILVA, 1997, p. 722). Com efeito, é inegável que a Constituição tem força normativa, isto é, a Constituição pode ser um meio de transformar a realidade (HESSE, 1991).

A constituição econômica formal consiste no conjunto de normas da constituição política que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, estabelece os princípios fundamentais de determinada forma de organização e funcionamento da economia e estabelece, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica (SILVA, 1997, p. 723).

A primeira Constituição brasileira, que foi a Constituição do Império, de 1824, não tratou da ordem econômica. Ela não tinha dispositivos que possam ser verdadeiramente considerados como de *direito econômico*. Com esforço mental no sentido de encontrar alguma manifestação sobre o tema, podemos pinçar o item 25 do art. 179, que previu a abolição das corporações de ofícios.

A segunda Constituição brasileira, que foi a primeira Constituição da República, de 1891, também não tratou da ordem econômica. Também é necessário esforço para encontrar algum dispositivo que possa ser reputado como sendo de direito econômico. Podemos pinçar os seguintes: art. 7º, item 2º, que estabeleceu ser de competência da União os direitos de entrada, saída e estadia de navios, sendo livre o comércio de cabotagem às mercadorias nacionais, bem como às estrangeiras que já tenham pago impostos de importação; art. 7º, § 1º, item 1º, que estabelece ser de competência privativa da União a instituição de bancos emissores; art. 72, § 17, que previa o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública e afirmava que a propriedade das minas era do proprietário do solo.

A primeira Constituição brasileira a positivizar a ordem econômica foi a de 1934, sob o título “Da Ordem Econômica e Social”, que continha vinte e oito artigos. Dentre outros aspectos relevantes, podemos destacar os seguintes: o art. 115 estabelecia que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos existência digna e, dentro desses limites, garantia a liberdade econômica. No art. 117, parágrafo único, proibia a usura, punida na forma da lei.

O art. 118 inovou ao estabelecer que a propriedade das minas era distinta da propriedade do solo para efeito de exploração ou aproveitamento industrial. O art. 119 previa que a exploração das minas e das jazidas minerais seria feita mediante autorização ou concessão federal, que seriam conferidas exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário a preferência na exploração ou co-participação nos lucros. O art. 131 vedava a propriedade de empresas jornalísticas a estrangeiros, que não poderiam ser acionistas dessas empresas, e a sociedades anônimas com ações ao portador. O art. 132 estabelecia que deveriam ser brasileiros os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais.

A Constituição de 1937 tratou da matéria na parte “Da Ordem Econômica” em vinte e um artigos. O art. 142 dizia “A usura será punida”. O art. 145 previa que só poderiam funcionar no Brasil bancos de depósito e empresas de seguro de propriedade de brasileiros. O art. 149 dispôs que os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais deveriam ser brasileiros natos.

A Constituição de 1946 tratou da ordem econômica no Título V, “Da Ordem Econômica e Social”, em dezoito artigos. O art. 145 dizia que “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. O art. 146 previa que, mediante lei especial, a União poderia intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, com base no interesse público e com limite nos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. O art. 147 previa o uso da propriedade condicionado ao bem-estar social. O art. 148 estabelecia que a lei reprimiria o abuso do poder econômico e os grupos de empresas que pretendessem dominar mercados, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros. O art. 154 previa que a usura seria punida na forma da lei. O art. 155 estabeleceu que a navegação de cabotagem para o transporte de mercadoria seria privativa de navios nacionais, salvo caso de necessidade pública. O § 2º do art. 155 dispôs que os proprietários, armadores e comandantes de navios nacionais deveriam ser brasileiros.

A Constituição de 1967, no Título III, “Da Ordem Econômica e Social”, tratou da matéria em dez artigos. O art. 157 dizia que a ordem econômica teria por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. O § 8º do art. 157 previa intervenção no domínio econômico e

o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não pudesse ser desenvolvido com eficiência no regime de competição. O art. 162 estabeleceu que a pesquisa e lavra do petróleo em território nacional constituem monopólio da União, na forma da lei. O art. 163 estabelecia a primazia da iniciativa privada na exploração da atividade econômica, a qual deveria ser estimulada e apoiada pelo Estado, que poderia exercer diretamente a atividade econômica para complementar a atividade desempenhada pela iniciativa privada. O art. 166 vedava a propriedade e a administração de empresas jornalísticas a estrangeiros, a sociedades que tivessem sócios estrangeiros ou pessoas jurídicas (excetos partidos políticos) e a sociedades anônimas com ações ao portador. A Emenda Constitucional nº 1/69 tratou da matéria nos arts. 160 a 174, sem inovar substancialmente.

4. A ordem econômica na Constituição Federal de 1988

O Título VII da Constituição Federal, arts. 170 a 192, consagra a ordem econômica e financeira.

O Título VII está dividido em quatro capítulos. Além dos *princípios gerais da atividade econômica*, previstos nos art. 170 a 181 (Capítulo I), a Constituição Federal de 1988 trata da política urbana (Capítulo II), da política agrícola e fundiária e da reforma agrária (Capítulo III) e do sistema financeiro nacional (Capítulo IV).

Como é até intuitivo, o modo de produção capitalista, em sua versão social-democrata, foi positivado pela Constituição de 1988.

A atividade econômica está baseada na livre iniciativa. Isso significa que, como regra geral, o Estado não exercerá diretamente a atividade econômica. Isso é incumbência dos particulares.

Mas o princípio constitucional da livre iniciativa não significa que o empresário tem o direito de fazer o que bem entender – não há plena liberdade no sentido ultra-liberal do termo. Há limitações.

A existência de limitações à atividade privada (poder de polícia), inclusive à atividade econômica, não contradiz a existência da livre iniciativa como princípio básico da ordem econômica. A regulação da atividade econômica, por parte do Estado, em menor ou maior grau, é indispensável para a manutenção do sistema capitalista. O Estado liberal deseja e atua na economia, mesmo para restringir as atividades particulares, para garantir a *paz social*; já o Estado moderno deseja mais, quer a *justiça social*. Não há país no mundo que não tenha um mínimo de regulamentação e de restrições à atividade econômica.

O art. 170 da Constituição Federal estabelece alguns princípios da ordem econômica constitucional. Podemos destacar o da livre iniciativa e o da função social da propriedade. Esses princípios não devem ser interpretados isoladamente, mas sim em consonância com os demais princípios positivados em todo o texto da Constituição. É de meridiana clareza que o objetivo do constituinte, ao estabelecer esses princípios, foi o de criar um sistema em que a produção gerasse bem-estar social, para toda a população, e não apenas lucro para os empresários (SILVA, 2007, p. 80).

A esse respeito, merece ser transcrita a lição de Eros Roberto Grau:

[a] ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de *mercado organizado*, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo *liberal* do processo econômico, que só admite a 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 do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros – mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo ‘controle’ no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição; a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a *economia de mercado*, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado (José Afonso da Silva) (GRAU, 1998, p. 212-213).

A evolução das relações de produção, a necessidade de melhorar as condições de vida dos trabalhadores e o mau uso da liberdade conferida aos empresários no sistema capitalista (no qual é falaciosa a “harmonia natural dos interesses” de empresários e trabalhadores) fizeram surgir mecanismos de condicionamento da atividade privada, com o objetivo de ser realizada a justiça social. Nessa perspectiva é que deve ser o texto do art. 170 da Constituição Federal compreendido: trata-se de uma Constituição preocupada com a justiça social e com o bem estar coletivo (SILVA, 1997, p. 725-726).

O século XX foi o século da social-democracia preocupada em manter o sistema capitalista intacto, mediante uma melhoria das condições de vida dos trabalhadores. O exemplo do sucesso dessa doutrina está nos países da Europa ocidental, especialmente nos países escandinavos, onde a social-democracia efetivamente confere boas condições de vida para a população. Nos países periféricos, contudo, as tentativas de implantação dessa ideia não têm propiciado os mesmos resultados. De todo modo, a Constituição Federal de 1988 positivou os princípios da social-democracia.

Ensina-nos o Prof. Carlos Jacques Vieira Gomes que há duas categorias de princípios jurídicos na Constituição de 1988: os princípios *liberais ou estatutários* e os princípios *intervencionistas ou conformadores*, que compõem a *constituição econômica* em sentido

formal e definem a *ordem econômica* instituída. Os princípios *liberais* são os que se opõem ou limitam a intervenção do Estado, garantindo uma esfera de isenção ao particular em face da ação estatal, e os princípios *intervencionistas* são os que justificam e impõe essa intervenção, como forma de conformar a realidade econômica e social. Dentre os princípios liberais – aduz o mencionado autor – pode-se citar a livre iniciativa econômica (arts. 1º, IV, 5º, XIII e 170, *caput*) e o direito à propriedade privada dos meios de produção e de consumo (arts. 5º, XXII e 170, II); e, dentre os princípios intervencionistas, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 170, *caput*), o valor social do trabalho (arts. 1º, IV e 170, *caput*), a função social da propriedade (arts. 5º, XXIII e 170, III), o objetivo de construção de uma sociedade livre e solidária (art. 3º, I), dentre outros (GOMES, 2004, p. 82-84).

Ao lado da política de seguridade social, de prestação de serviços públicos, enfim, de proteção da população para atingir os objetivos de bem estar social, é protegida a liberdade de iniciativa dos particulares, mas é também permitida pela Constituição não apenas a regulamentação dessa atividade econômica, mas também a própria exploração diretamente pelo Estado, nos limites estabelecidos pelo art. 173 da Constituição Federal. A regra geral, porém, é que incumbe o exercício da atividade econômica aos particulares: a atuação direta do Estado como agente produtivo é excepcional.

É fundamental ter em mente que a liberdade de atividade econômica somente pode ser limitada pela lei, assim como o direito privado – que rege a atividade econômica – prestigia a teoria da autonomia da vontade. Nesses pressupostos está assentado o modelo jurídico do liberalismo econômico vigente no Brasil (SILVA, 2007, p. 81).

Feitas essas considerações, vejamos os princípios da ordem econômica, tal como positivada pela Constituição Federal.

De acordo com o *caput* do art. 170, da Constituição Federal, a ordem econômica está fundada na valorização do *trabalho humano* e na *livre iniciativa*. O escopo é assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*.

Ainda que a planificação econômica não seja um princípio da ordem constitucional brasileira, há um nítido caráter de *constituição dirigente* na Constituição Federal de 1988. Existem objetivos a serem atingidos: “assegurar a todos existência digna” (art. 170); “bem-estar e justiça sociais” (art. 193) etc.

A interpretação da legislação infraconstitucional e até mesmo dos dispositivos constitucionais deve ser feita de acordo com estes postulados:

- valorização do trabalho;
- livre iniciativa;

- existência digna a todos;
- justiça social.

O fundamento da ordem econômica é a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Ou seja, o legislador constituinte deixou clara a opção pelo liberalismo econômico, em sua versão social-democrata. Isso significa que o Estado brasileiro não deve ser omissivo na condução da economia. Ao contrário, deve agir.

Assim, “A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da ‘iniciativa do Estado’; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa”².

O art. 170 também estabelece alguns princípios, que norteiam a ordem econômica. São eles:

- soberania nacional;
- propriedade privada;
- função social da propriedade;
- livre concorrência;
- defesa do consumidor;
- defesa do meio ambiente;
- redução das desigualdades regionais e sociais;
- busca do pleno emprego;
- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Além disso, os arts. 172 a 181 estabelecem princípios e regras, dentro do contexto geral dos *princípios gerais da atividade econômica*.

Não é difícil concluir que a Constituição Federal estabeleceu uma economia de mercado. A iniciativa privada é um princípio básico dessa ordem econômica, de natureza capitalista. José Afonso da Silva responde como deve isso ser interpretado diante do postulado da valorização do trabalho humano como fundamento da ordem econômica:

Embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) (SILVA, 1997, p. 720).

Os arts. 173, 174 e 175 da Constituição Federal estabelecem que o Estado regula a economia, presta serviços públicos e, em caráter excepcional, exerce atividade econômica. São atividades que não se confundem, devendo ser complementares, como veremos adiante.

² STF, ADI nº 3.512/ES, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 15/2/2006, DJ de 23/6/2006.

Portanto, não se deve confundir a atuação direta do Estado como agente produtivo, que é excepcional, com a atuação do Estado na economia como agente normativo, prestador de serviços públicos, sancionador de condutas lesivas à ordem econômica etc., que nada tem de excepcional. Nesse sentido, já afirmou o STF:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais³.

5. O Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. É o que dispõe o art. 174 da Constituição Federal.

De acordo com o princípio das *prescrições obrigatórias*, uma das partes da relação jurídica dá à outra uma instrução que tem caráter obrigatório (GRILLO, 1989, p. 13).

Durante o período socialista na Polônia, país em que parte significativa da economia se manteve nas mãos de particulares, as regras do *planejamento econômico* eram obrigatórias também para o setor privado.

No Brasil, de acordo com o art. 174 da Constituição Federal, exatamente porque o *planejamento* é apenas *indicativo* para o setor privado, não existe no direito brasileiro o princípio das *prescrições obrigatórias* para o setor privado, no que se refere ao *planejamento*. Já para o setor público, esse princípio é plenamente aplicável, de acordo com o mesmo art. 174.

Ainda de acordo com o mencionado art. 174, as *prescrições obrigatórias* existirão para os particulares, fora do âmbito do planejamento, quando o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica.

A existência de expressa previsão constitucional para a normatização e regulação da atividade econômica não contradiz o livre mercado, com a devida *venia* de quem pensa o contrário, tal como Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴. A saúde do livre mercado depende de ação estatal.

³ STF, ADI nº 1.950/SP, Rel. Min. EROS GRAU, j. em 3/11/2005, DJ de 2/6/2006.

⁴ “O art. 174 define o Estado ‘como agente normativo e regulador da atividade econômica’. Assim, não seria o mercado, como é típico de uma economia descentralizada (ou liberal), mas o Poder Público, segundo é próprio de uma economia de tipo centralizado (ou soviético), que regeria a economia. Isto colide com os princípios de livre iniciativa, livre concorrência, que a Constituição consagra (arts. 1º, IV, *caput* e inc. IV), que atenuam esse centralismo econômico.” (FERREIRA FILHO, 1990, p. 306)

Aliás, é o art. 174 da Constituição Federal que fundamenta a possibilidade legal da existência de *agências reguladoras*, a criarem normas jurídicas. Como é de sabença geral, o vocábulo *agência* tem origem na palavra *agency*, que consiste, de acordo com o direito norte-americano, em uma autarquia com poder de regulação em campos específicos da economia. Evidentemente, a atuação das *agências* não é feita contra o livre mercado; muito ao revés, as *agências* desempenham papel fundamental para a saúde do mercado, ao prescrever regras de conduta (regulação), ao fiscalizar e punir (direito administrativo sancionador) os componentes do mercado que agirem de forma indevida, nociva ao mercado.

A atividade de regulação da economia (entendendo-se que a economia abrange a atividade econômica em sentido estrito e a prestação de serviços públicos) consiste em uma forma de intervenção *indireta* na atividade econômica.

A intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica pode ocorrer *por direção* ou *por indução*, duas modalidades de intervenção indireta.

Intervenção por direção ocorre por meio de criação de regras de observância obrigatória e de incidência direta nas relações econômicas públicas e privadas. Ex.: congelamento de preços; criação de agência reguladora.

Intervenção por indução ocorre sem se estabelecer regras de incidência direta nas relações jurídicas privadas, mas sim por meio de regras instrumentais que indiretamente afetam a atividade econômica, seja incentivando, seja desincentivando determinadas atividades. Ex.: tributação com caráter extrafiscal (imposto de importação, imposto sobre operações financeiras, incentivos fiscais).

6. O Estado prestador de serviços públicos

Cabe ao Estado a prestação de serviços públicos. Os serviços públicos devem ser prestados diretamente pelo Estado ou por particulares, sob regime de concessão ou permissão, de acordo com o art. 175 da Constituição Federal.

O que são serviços públicos?

A Constituição Federal não define o que seja serviço público. Diz que “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” (art. 175).

Não é pacífica a definição do que seja *serviço público*. A doutrina já definiu como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 1994, p. 294) e já definiu como “toda atividade de

oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público” (MELLO, 2003, p. 612), dentre outras possíveis.

O cerne da divergência entre os vários administrativistas reside em excluir da noção de serviço público as atividades estatais que não constituam uma prestação de utilidade material ou comodidade material *singularmente fruível* pelos administrados.

Ou seja, para alguns autores, como Celso Antônio Bandeira de Mello, somente constitui serviço público a atividade de prestação de serviços *uti singuli*, excluída a noção de serviço público em sentido amplo, que inclui os serviços *uti universi*, pois se considerarmos como serviço público toda a atividade estatal, a noção de serviço público não teria qualquer utilidade, pois se confundiria com a noção de atividade pública (MELLO, 2003, p. 615 e 616).

Já outros autores, como Hely Lopes Meirelles, incluem no conceito de serviço público outras atividades estatais, tais como a atividade de polícia, de defesa nacional, de preservação da saúde pública, iluminação pública, bem como as atividades executadas para atender as necessidade internas da Administração (“serviços administrativos”) e os serviços prestados a usuários indeterminados (“serviços *uti universi*”) (MEIRELLES, 1994, p. 286-288).

Prefiro a noção restrita de Celso Antônio Bandeira de Mello. Além dos motivos mencionados, a jurisprudência está pacificada no sentido de que as atividades prestadas pelo Estado que não sejam serviço público específico e divisível não podem ensejar a cobrança de taxa⁵. É verdade que nada impede que um imposto custeie um serviço público, mas parece quebrar a coerência do sistema jurídico dizer que certos “serviços” não podem ser custeados por taxa. Afinal de contas, a definição de taxa é exatamente esta: tributo para custear a prestação de um serviço público específico e divisível (art. 145, II, da Constituição Federal). É evidente que se pode sustentar que há outros serviços públicos que não são específicos ou divisíveis, para os quais não se pode cobrar taxa: a noção de serviço público, como vimos acima, não é pacífica.

Seja como for, a atividade econômica prestada com as características mencionadas acima deve ser considerada serviço público. É que *serviço público* faz parte da atividade

⁵ “CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA: MUNICÍPIO DE IPATINGA/MG. C.F., art. 145, II. CTN, art. 79, II e III. I. – As taxas de serviço devem ter como fato gerador serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição. Serviços específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; e divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários. CTN, art. 79, II e III. II. — Taxa de Limpeza Pública: Município de Ipatinga/MG: o seu fato gerador apresenta conteúdo inespecífico e indivisível. III. – Agravo não provido.” (STF, Segunda Turma, RE (AgR) nº 366086/MG, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 10/6/2003, DJ de 1º/8/2003)

econômica considerada em sentido amplo; portanto, há que se diferenciar a expressão *atividade econômica*, tomada como gênero, da expressão *atividade econômica em sentido estrito*, essa última, sim, com significado diferenciado de serviço público. O gênero atividade econômica contempla as espécies serviço público e atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 1998, p. 131).

Em sentido diverso, a Min. Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, afirma que serviços públicos podem ser *próprios* ou *gerais*, nos casos em que não há possibilidade de identificação dos usuários, hipóteses em que são financiados por tributos e prestados pelo próprio Estado (ex. segurança pública); ou podem ser *impróprios* ou *individuais*, nos casos em que os destinatários são determinados ou determináveis, hipóteses em que podem ser prestados por órgãos da administração indireta ou por meio de delegação, mediante concessão ou permissão de serviços públicos (art. 175 da Constituição Federal e Lei nº 8.987, de 1995). Desse modo, os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização e plenamente aplicável o Código de Defesa do Consumidor⁶.

A Constituição Federal estabelece quais são as Unidades da Federação competentes para a prestação de determinados serviços públicos. Há as competências comuns a todas as unidades da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que estão elencadas no art. 23 da CF.

Além das competências comuns, há as competências materiais atribuídas à União, taxativamente previstas no art. 21.

Para os Estados, há uma única competência expressa: é a competência para exploração dos serviços locais de gás canalizado (art. 25, § 2º), mas os Estados dispõem das competências remanescentes (isto é, o que não for previsto na Constituição é de competência dos Estados).

Já os Municípios têm como competências a prestação de serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo; a de manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental e a de prestar, também com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Ao Distrito Federal compete a prestação dos serviços públicos de competência dos Estados e dos Municípios.

⁶ STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 705.203/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, j. em 11/10/2005, DJ de 7/11/2005.

7. Atividade econômica exercida pelo Estado

O Estado pode realizar determinadas atividades reservando-se o exercício em monopólio por razões de interesse público. Além disso, são comuns os casos de exercício público de atividades econômicas em regime de concorrência com a iniciativa privada (ASCARELLI, 1964, p. 198-199).

Como consequência do princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*), fundamento da ordem econômica, a atividade exercida pelo Estado é excepcional.

Quando pode o Estado exercer atividade econômica?

Diz o *caput* do art. 173 da própria Constituição Federal:

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

Inicialmente, observamos que há casos expressos na Constituição em que o Estado deve desempenhar atividade econômica. É a hipótese do art. 177, que estabelece monopólios da União sobre: pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos das atividades mencionadas; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

É também a hipótese do art. 21, XXIII, que estabelece ser de competência da União explorar os serviços e instalações nucleares e exercer em regime de monopólio a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, nos termos em que especifica.

Fora das hipóteses previstas na Constituição, somente poderá haver exercício de atividade econômica pelo Estado quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, na forma da lei.

O exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado constitui intervenção *direta* do Estado na economia. A intervenção direta na economia também é chamada de intervenção por *absorção* (o Estado é titular exclusivo da atividade econômica específica e a exerce, em regime de monopólio, direta ou indiretamente, por meio de agentes privados) ou por *participação* (o Estado exerce a atividade econômica específica, direta ou indiretamente, em regime de competição com particulares).

A regra geral é no sentido de que o Estado não deve intervir diretamente na economia, pois incumbe à iniciativa privada, e não ao Estado, o exercício da atividade econômica. Em regra, quem é empresário são as pessoas físicas e sociedades personalizadas criadas por particulares que exercem empresa (atividade econômica realizada com os requisitos do art. 966 do Código Civil) (SILVA, 2007, p. 44 a 66). Porém, o Estado poderá ser empresário (RIVA-SANSEVERINO, 1977, p. 137), quando for necessário para a segurança nacional ou para atender a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (art. 173 da Constituição Federal). Nessas hipóteses, o Estado poderá criar pessoas jurídicas para essa atividade, que são a empresa pública e a sociedade de economia mista.

8. Considerações finais: conclusões

- 1 – Atividade econômica é qualquer atividade produtora de riquezas, que se opera por meio de transformação de produtos já existentes para a criação de produtos novos.
- 2 – O conceito de atividade econômica prescinde da existência real ou mesmo do ânimo de lucro, mas a atividade deve ser teoricamente passível de gerar lucro.
- 3 – A parcela da atividade econômica que não é considerada serviço público constitui a chamada *atividade econômica em sentido estrito*.
- 4 – A Constituição tem força normativa, podendo ser um meio de transformar a realidade. A primeira Constituição brasileira a tratar da ordem econômica foi a de 1934.
- 5 – De acordo com a Constituição Federal de 1988, a atividade econômica está baseada na livre iniciativa. Isso significa que, como regra geral, o Estado não exercerá diretamente a atividade econômica: a atuação direta do Estado como agente produtivo é excepcional.
- 6 – Há limitações à atividade privada (poder de polícia), inclusive à atividade econômica exercida pelos particulares. Há princípios e regras para fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, são fundamentos da ordem econômica e do próprio Estado brasileiro.
- 7 – O Estado brasileiro é agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. O planejamento é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.
- 8 – A intervenção do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica pode ocorrer *por direção* ou *por indução*, que são duas modalidades de intervenção indireta.
- 9 – Cabe ao Estado a prestação de serviços públicos, mas a Constituição Federal não define o que é serviço público. Há divergência na doutrina. Partindo de que toda atividade estatal é serviço público, o cerne da divergência doutrinária reside em

excluir da noção de serviço público as atividades estatais que não constituam uma prestação de utilidade material ou comodidade material *singularmente fruível* pelos administrados. A noção restrita de serviço público é a mais adequada.

- 10 – O Estado pode realizar determinadas atividades em regime de monopólio por razões de interesse público, ou mesmo em regime de concorrência com a iniciativa privada.
- 11 – Há casos expressos na Constituição Federal de 1988 em que o Estado deve desempenhar atividade econômica. Fora dessas hipóteses, somente poderá haver exercício de atividade econômica pelo Estado quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, na forma da lei.
- 12 – O exercício de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado constitui intervenção *direta* do Estado na economia. Nesse caso, o Estado poderá criar pessoas jurídicas de direito privado. São elas: empresa pública e sociedade de economia mista, genericamente chamadas de empresas estatais. Elas fazem parte da *administração indireta*.

Referências bibliográficas

ASCARELLI, Túlio. *Iniciación al estudio del derecho mercantil*. Traduzido para o espanhol por Evello Verdera y Tuells. Barcelona: Bosch, 1964.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa.. Traduzido por Fábio Konder Comparato do artigo “Profili dell’impresa”, publicado em 1943 na *Rivista del Diritto Commerciale*. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, v. 41, nº 104, out.-dez. de 1996.

AULETTA, Giuseppe; SALANITRO, Niccolò. *Diritto commerciale*. 11. ed. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CORSI, Francesco. *Diritto dell’impresa*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2003.

COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*. Vol. 1. Padova: CEDAM, 1976.

FERRAZ, Manoel Martins de Figueiredo. Aspectos jurídicos do comércio na Grécia antiga. *Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial*, v. 12, nº 44, p. 153-175, abr.-jun. 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Atlas, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional, de acordo com a Constituição de 1988*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Vol. 2. Padova: CEDAM, 1978.

GOMES, Carlos Jacques Vieira. *Ordem econômica constitucional e direito antitruste*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRILLO, Luisa Rodriguez et al. *Derecho economico – temas complementarios*. Havana: Facultad de Derecho Universidad de La Habana, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LAPTEV, V. *Derecho economico*. Trad. para o espanhol por Rene Gomez Manzano. Moscou: Progreso, 1988.

MARCONDES, Sylvio. *Questões de direito mercantil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

MARILL RIVERO, Emilio. *Constitución de la Republica de Cuba – temática/legislación complementaria*. Havana: Editorial de Ciencias Sociales, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traduzido para o espanhol por Santiago Sentis Melendo. Tomo II. Buenos Aires: EJEA, 1954-1956.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia. Introdução ao direito econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIVA-SANSEVERINO, Luisa. *Disciplina delle attività professionali: impresa in generale*. Bologna/Roma: N. Zanichelli/Foro Italiano, 1977.

SILVA, Bruno Mattos e. *Direito de empresa: teoria da empresa e direito societário*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SZTAJN, Raquel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2003.