

A ATUAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

THE ECONOMIC ROLE OF THE STATE IN CONTEMPORARY BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO¹

RESUMO: Buscamos discorrer no presente trabalho sobre alguns elementos da atuação econômica do Estado no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Almeja-se demonstrar que a economia nunca foi, na prática, algo absolutamente alheia à atuação estatal, visto que sempre houve alguma forma de atuação econômica do Estado, seja a atuação direta ou através da imposição de normas a serem seguidas pelas atividades privadas. Também é nesse sentido abordado o princípio da subsidiariedade, suas aplicações e limites de *enforcement*.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo; Constitucionalismo; Atuação do Estado na Economia; Empresas Estatais; Sociedades de Economia Mista; Empresas Públicas; Regulação.

ABSTRACT: The aim of this paper is to discuss some elements of the state's economic activity in contemporary Brazilian constitutionalism. We seek to demonstrate that, in practice, the economy has never been completely unrelated to state action, since there has always been some form of economic activity by the state, either directly or through the imposition of rules to be complied with in private activities. In this regard, the principle of subsidiarity, its applications and enforcement limits are also addressed.

KEYWORDS: Administrative Law; Constitutionalism; State Role in the Economy; State-Owned Enterprises; Mixed-Capital Companies; Public Enterprises; Regulation.

INTRODUÇÃO

A atuação empresarial do Estado brasileiro sempre esteve intrinsecamente ligada aos preceitos constitucionais, não apenas por conta das prerrogativas e exigências em cima das quais as empresas estatais deveriam se pautar, mas

¹ Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Árbitro. Advogado.



sobretudo à luz da definição do regime das atividades econômicas no que diz respeito à possibilidade de atuação do Estado e com relação aos particulares.

A visão da economia como um espaço privado, infenso a objetivos coletivos e, conseqüentemente, à atuação do Estado como um dos veículos de satisfação das necessidades e desejos da sociedade,² nunca se concretizou totalmente na realidade empírica das sociedades.

Esse fato se deve, resumidamente, a três razões: o fato de a economia ser um dos elementos centrais para uma sociedade harmônica;³ a constituição do mercado enquanto uma criação do próprio direito emanado pelo Estado;⁴ e, por último, a existência de atividades que, seja pela sua importância social somada à impossibilidade de o mercado supri-las adequadamente, seja por interesses estratégicos da sociedade ou por necessidades estruturais internas do próprio Estado, se opta, em maior ou menor escala, por sua prestação estatal, decidindo-se

² Quanto à ascensão dos liberais ao poder, referência deve ser feita à célebre frase de Eric Hobsbawn, segundo o qual “em tempos de revolução nada é mais poderoso do que a queda de símbolos. A queda da Bastilha, que fez do 14 de julho a festa nacional francesa, ratificou a queda do despotismo e foi saudada em todo o mundo como o princípio de libertação.” Como bem narra o historiador, a Revolução Francesa alterou fortemente o quadro político de uma França absolutista, em especial no período de 05 de maio de 1789 e 09 de novembro de 1799 (HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 83-94). Anterior à Revolução Francesa, cabe menção, notadamente, à Guerra de Independência Americana, de 1776, a qual fora a primeira revolução liberal, anticolonialista e antimercantilista vitoriosa (VISENTINI, Paulo Fagundes. *História mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética*. 3. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2012. p. 34).

³ Para Edwin Cannan “o objetivo da Economia Política ou da economia é a explicação das causas gerais do bem-estar material de que os homens dependem” (CANNAN, Edwin. *Elementary political economy*. 3. ed. London: Oxford University Press. p. 1). Na mesma linha conceitual de Cannan, para Alfred Marshall “[a] economia política ou a economia é o estudo de como os homens pensam, se movem e vivem nos negócios comuns da vida. Examina-se essa parte da ação individual e social que está mais conectada com a realização e com o uso dos requisitos materiais do bem-estar” (MARSHALL, Alfred. *Principles of Economy*. 8. ed. London: Macmillan and co., 1920. p. 1). Lionel Robbins propõe um conceito analítico de economia, definindo-a como “a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre os fins determinados e os recursos escassos, os quais têm usos alternativos (ROBBINS, Lionel. *Essays on Nature and Significance of Economic Science*. 2. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1945. p. 16). O conceito de economia envolve a circulação de bens e serviços que geram utilidade por meio do consumo. O fluxo desses bens e serviços é determinado por um conjunto de escolhas racionais em um mundo no qual os recursos são limitados em relação aos desejos individuais.

⁴ “A própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma intervenção: o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia”. (MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973. p. 198-199).

politicamente em cada conjuntura pela necessidade de serem prestadas sem os riscos inerentes ao mercado.⁵

Essa última hipótese é o que chamamos no direito brasileiro de serviços e monopólios públicos. E é à luz de tais atividades, especialmente, que o histórico constitucional da atuação direta do Estado na economia tem se desenvolvido no Brasil.

Abordaremos neste artigo algumas reflexões sobre esse a atuação direta do Estado na economia à luz do constitucionalismo brasileiro, sobretudo tendo em vista o regime jurídico das atividades em que incidem a exigência ou a possibilidade de atuação pelo Estado.

Iniciaremos expondo os conceitos fundamentais e as possíveis formas de atuação do Estado na economia. Na sequência, correlacionaremos a discussão com aquelas envolvendo o Estado Democrático de Direito, a fim de, passando para o Tópico seguinte, discorrer sobre as diferentes formas de atuação direta. No Tópico V, teceremos algumas reflexões sobre o princípio da subsidiariedade da atuação do Estado na economia no constitucionalismo brasileiro. Por fim, apontaremos algumas derradeiras reflexões à luz de todo o exposto.

2. ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: CONCEITOS FUNDAMENTAIS E FORMAS DE ATUAÇÃO.

A partir do que constatamos acima, no sentido de que a ideia de separação absoluta entre Estado e economia nunca ter se concretizado, devemos tecer uma crítica à tradicional expressão “intervenção do Estado na economia”.⁶

O verbo intervir pressupõe a ideia de se imiscuir em terreno que não lhe é próprio, quando a existência do Estado pressupõe em si algum tratamento por ele de matérias econômicas, e que o mercado enquanto instituição só pode existir e proliferar em razão da existência do Estado e do seu Direito. Sendo assim, não se pode afirmar que o Estado/direito é um terreno exógeno à economia, nem vice-versa. Nesse sentido, Fernando Facury Scaff:

⁵ O mercado, a fim de sobreviver como instituição, não pode prescindir de proteção externa. Para tal função protetiva o direito tem sido tradicionalmente presente. “Sem esta garantia externa, por conseguinte, o mercado não tem um elemento muito importante para a sua institucionalização.” (FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli, 1992. p. 72).

⁶ “Intervenção indica (...) 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, ação do Estado no campo da atividade em sentido amplo”. (Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 90-91).

Qualquer expressão que denote ‘intervenção’ do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir.⁷

Sendo assim, mais correto seria falar de atuação do Estado⁸ em relação à economia (e também o vice-versa, de atuação da economia sobre o Estado), do que se referir a “intervenção” ou a “interferência” do Estado na economia. Todos esses subsistemas sociais (direito e economia) são estruturalmente acoplados e, conseqüentemente, inter-relacionados.⁹

As formas e intensidades dessa atuação do Estado em relação à economia variam de acordo com o contexto político-ideológico prevalente em cada sociedade e momento, conforme positivado pelo legislador e pelo Poder Executivo, obedecidos os limites mínimos e máximos de atuação estatal fixados na ordem econômica constitucional, que, na maioria dos Estados contemporâneos, deixa uma ampla margem de opção à política majoritária.

⁷ SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do Princípio da Lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*, 224, 2001, p. 334. No mesmo sentido, criticando o termo “intervenção”, SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 398.

⁸ Esse será o termo preferencialmente adotado por nós. Todavia, sendo apenas questão de nomenclatura e já feito esse esclarecimento semântico, poderemos vez ou outra lançar mão também do tradicional termo “intervenção”.

⁹ Partindo da ideia trazida pela Teoria Sistêmica do Direito, Gunther Teubner ilustra que o Direito não pode ser apenas visto por sua dimensão normativa, mas também por sua dimensão fática e social. O autor destaca que há uma dupla auto-poiese, jurídica e social, devendo o direito se valer dos fatos de modo a se modificar e se ajustar à sociedade. É partindo dessa ideia que podemos relacionar, ainda, o direito e a economia. O meio econômico também deve ser essencial para a transformação do direito, permitindo que a sua regulação e a produção de normas jurídicas se adequem às necessidades econômicas que surgirem, e vice-versa. Assim, também partindo das ideias de Teubner, vislumbra-se uma interação circular entre o direito e a economia (TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 139). Teubner, em *Direito, Sistema e Policontextualidade*, reitera que a autonomia dos sistemas do direito e da economia não reflete a independência dos mesmos. A autonomia do sistema jurídico autopoiético consiste apenas na característica circular de produção do direito, e não no isolamento deste em relação aos outros sistemas, tal como a economia (TEUBNER, Günther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2004. p. 137-141). A teoria dos sistemas distingue-se, assim, das teorias marxistas sobre as relações entre o direito e economia por não determinar necessariamente o direito (superestrutura) em razão da economia (infraestrutura). A relação entre a economia e o direito, na teoria dos sistemas, deve ser entendida a partir da distinção dos conceitos de independências, autonomia e auto-poiesis. Em síntese, os sistemas jurídico e econômico são autônomos, mas não independentes.

Gustavo Zagrebelsky expõe esse fenômeno explicando que as

sociedades pluralistas atuais, ou seja, as sociedades marcadas pela presença de uma variedade de grupos sociais portadores de interesses, ideologias e projetos diferenciados, mas na qual nenhum tem força suficiente para reivindicar exclusividade ou preponderância, nem, por consequência, para fornecer a base material da soberania estatal no sentido do passado, o que também quer dizer, as sociedades dotadas, no seu conjunto, de um certo grau de relativismo, atribuem à Constituição a função de realizar as condições que tornem possível a vida em comum, mas não aquela de realizar diretamente um projeto pré-determinado de vida comum. Sobre a base de uma constituição, plataforma de partida que oferece uma garantia de legitimidade a todos os grupos da sociedade podem se engajar para competir para moldar concretamente o Estado em uma direção ou outra [maior ou menor estatização, acresceríamos], dentro do quadro de possibilidades ofertadas pelo compromisso constitucional.¹⁰

Apesar das imperfeições inerentes a toda classificação,¹¹ podemos dividir a atuação do Estado em relação à economia em atuação indireta, geralmente coincidente com a atuação regulatória, pela qual o Estado fixa externamente normas para pautar o comportamento dos agentes econômicos privados; e atuação direta, na qual, por diversas razões (sociais, estratégicas, desenvolvimentistas etc.),¹² o Estado exerce – ele próprio – determinada atividade econômica.

No primeiro caso o Estado atua *sobre* a economia: ele não realiza operações econômicas, mas apenas tenta influenciar atividades econômicas exercidas por

¹⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le Droit en Douceur – Il Diritto Mite*. Trad. Michel Leroy. Paris: Ed. Econômica, 2000. p. 11.

¹¹ Sousa Franco e Guilherme Martins afirmam que a classificação entre atuação direta e indireta do Estado na economia “pode ser útil, no domínio dos conceitos institucionais de política econômica; mas não tem interesse jurídico e, pela multiplicidade de critérios que se entrecruzam, torna-se confusa” (SOUSA FRANCO, António L.; MARTINS, Guilherme D’Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa: ensaio interpretativo*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 223223).

¹² A atuação direta do Estado na economia é justificada para o desenvolvimento de políticas sociais, de educação, de ciência e tecnologia, da infraestrutura e concessão de crédito a setores produtivos, muitas vezes sendo a única forma, nos países de industrialização tardia, de viabilizar o desenvolvimento. “Todos os países que conseguiram transpor a barreira do subdesenvolvimento e ingressaram no seleto clube dos países desenvolvidos, não o fizeram sem políticas especificamente voltadas para esse fim, formuladas e executadas por governos comprometidos [...], como chama a atenção um relatório internacional patrocinado pelo Banco Mundial e os governos da Austrália, Holanda, Suécia e Reino Unido” (SILVA, Josué Gomes da. Para uma estratégia de desenvolvimento. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (Org.) *Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2009. p. 47).

terceiros, seja mediante a emissão de normas jurídicas coercitivas (contratos de delegação de atividades públicas ou poder de polícia), seja por normas incentivadoras (de fomento).¹³ Prevista no art. 174, CF, se dá quando o Estado atua concretamente “no fomento, na regulamentação, no monitoramento, na mediação, na fiscalização, no planejamento, na ordenação da economia”.¹⁴ Marçal Justen Filho trata da atuação indireta do Estado associando-a, não apenas com a produção de normas cogentes, mas também a “manifestações estatais de incentivo, orientação e sugestão”.¹⁵

Já na segunda espécie de atuação do Estado em relação à economia (atuação direta), ele atua *na* economia: ele próprio realiza as atividades econômicas, vendendo, comprando, prestando ou tomando serviços. Ele é o próprio agente econômico,¹⁶ nos termos precipuamente dos arts. 173, 175 e 177, da nossa CF.

É nesse último contexto que se insere a atuação empresarial do Estado, em que ele exerce atividades econômicas por meio de sociedades empresárias constituídas legalmente para esse fim, que será explorada a partir do Tópico IV. Convém antes, contudo, tecer algumas considerações acerca da relação entre as diferentes formas de atuação estatal na economia e o Estado Democrático de Direito.

3. ATUAÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Como o Estado Democrático de Direito não é um conceito vazio de conteúdo, mas sim em constante construção e evolução, não deixa, por um lado, de estabelecer as pautas básicas de regência da sociedade e, por outro, abre a possibilidade de, obedecidos os lindes democráticos, transformar-se a realidade social subjacente, inclusive, ao contrário do Estado liberal-burguês,¹⁷ no que diz respeito às condições de progresso cultural e material das pessoas, individualizada e coletivamente consideradas.

¹³ MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 184.

¹⁴ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Económico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 74.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 532 e 539.

¹⁶ VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio Económico: o Direito Público Económico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 387.

¹⁷ O Estado liberal-burguês “destruiu o caráter de totalidade da vida, substituindo-o pelo predomínio de uma série de puros sistemas individuais justapostos. A esta forma de vida corresponde o espírito da ciência positivista, que divide a totalidade social em conexões próprias exclusivas de sentido e atividade, não as considerando como momentos relativos de uma única realidade social” (HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, trad. Luis Tobio, 1998, p. 140).

É apenas neste sentido que, a nosso ver, pode ser aceito que o Estado Democrático de Direito corresponda ao Estado Social. De fato, a doutrina predominante “pressupõe na adjetivação ‘democrático’ do termo ‘Estado’ diferentes níveis de democraticidade: política, social, econômica, jurídica, étnica e cultural”, entendendo que, na ideia de Estado Democrático, estão incluídas as “suas evidentes dimensões sociais”.¹⁸

Sob este ponto de vista, “Estado social” tem um sentido bem mais amplo do que o que comumente se adota – correspondente ao Estado keynesiano. Em sentido mais amplo, equivale ao próprio Estado Democrático de Direito, o qual, em virtude da participação política das várias classes sociais, não se omite em relação à conformação da sociedade.

Refutamos, assim a correlação necessária que às vezes se faz entre Estado social e estatização. A democraticidade do Estado, apesar de não excluir, não pressupõe a estatização. A ordem econômica constitucional dos Estados Democráticos deixa, dentro dos limites já assinalados, espaço para uma maior ou menor estatização ou atuação na economia.¹⁹

De forma geral observa-se ao longo da história do Estado Democrático de Direito (pelo menos até os anos 1980) o aumento da atuação do Estado na sociedade e particularmente na economia, o que é perfeitamente compreensível se tivermos em mente que todas as classes passaram a participar do processo político, levando o Estado a empreender ações que favorecessem os seus múltiplos interesses. É conhecido o caso de certos países com forte Estado social em que, contudo, se optou não pela prestação direta de utilidades pelo Estado, mas sim pela adoção de uma elevadíssima carga tributária e sucessiva redistribuição de renda, com os menos favorecidos contratando *sponte propria*, por exemplo, estabelecimentos privados de ensino.²⁰

Com o Estado Democrático de Direito a constituição assumiu um novo conteúdo, permeável a conteúdos socioeconômicos que alteraram o seu entendimento: “de garantia dos limites do Poder e do respeito à liberdade individual transforma-se num programa normativo de realizações”.²¹

¹⁸ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999, p. 100.

¹⁹ Tendo em vista a superação das verdades absolutas das “grandes narrativas”, seja no campo jurídico-político, científico ou cultural, o Direito, notadamente o constitucional, cada vez mais deixa de se legitimar no passado, em concepções metafísicas (vontade divina, soberania popular, etc.), passando a se legitimar pelo futuro, pelo processo de implementação e modificação das suas normas em razão dos resultados práticos alcançados. Se determinada política pública não alcançar os resultados almejados será ilegítima, independentemente dos seus fundamentos últimos.

²⁰ Sobre o debate, cf: <https://veja.abril.com.br/educacao/vouchers-para-a-educacao-entenda-os-pros-e-contras>, acesso em 26.09.2024.

²¹ MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 27.

Um fenômeno que, sob diversos matizes, é constante no Estado Democrático de Direito, é a sua atuação concreta na sociedade (inclusive em seus aspectos econômicos), que não mais está separada do Estado, havendo entre eles uma mútua imbricação.

Ressalta-se, inclusive, que a atuação estatal, confirmando o caráter pluriclasse do Estado Democrático de Direito, não se deu apenas em favor da classe dos menos afortunados pelo mercado. O aumento da atuação estatal também interessou à burguesia, que, após um primeiro momento de receio, o que levou muitos dos seus membros a apoiar a solução extrema do fascismo, percebeu que, mesmo contra a ideologia liberal tradicional, a potencialização da ação estatal poderia ser benéfica aos seus interesses.

Os meios atuação do Estado não são apenas constritivos do capital, consistindo muitas vezes em benefícios que direcionam indutivamente a economia, concedendo às empresas que adotam as suas diretrizes empréstimos com juros abaixo do mercado, subvenções, benefícios fiscais etc. Ademais:

no quadro da concertação entre o Estado e seus parceiros econômicos, os dirigentes das empresas têm voz ativa e são mesmo mais facilmente entendidos pelos altos funcionários do que os sindicalistas, que nada podem oferecer além de uma relativa paz social. O novo papel do Estado é, portanto, admitido por todos, até por aqueles que até então mais tinham se oposto ao aumento das suas prerrogativas.²²

Isto não impede que o Estado possa ou deva, se verificadas as condições para tanto, deixar espaços da vida social e econômica livres de qualquer atuação direta ou regulação. Deve, no entanto, estar sempre atento para que esta liberdade não prejudique os interesses da sociedade como um todo, de forma que a liberdade só possa existir enquanto for mais benéfica para a sociedade do que a atuação estatal, inclusive tendo em vista a natural e às vezes desmedida ambição das pessoas.

Por outras palavras, a persecução do bem-estar social, apesar de determinar sempre um certo grau de atuação dos poderes públicos, não é incompatível com uma atuação norteada pela ideia de subsidiariedade enquanto princípio normativo. Se o Estado Democrático impõe a garantia das condições básicas de dignidade da pessoa humana, a verdade é que isto não significa necessariamente que tenha de ser apenas o próprio Estado a realizar este objetivo. Não havendo mais a separação absoluta entre Estado e sociedade, desde que seja concretizado o fim do bem-estar, que estão abertos vários caminhos, tanto o de um relativo absentismo do Estado, como o da sua intensa atuação direta na economia.²³

²² CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*, 13. ed., Paris: Armand Colin, 1996, p. 304-305.

²³ PÉREZ, Carlos Antonio Espinoza. *Nuevo Estado y Empresa*, Bogotá: Temis, 1988, p. 199.

4. FORMAS DE ATUAÇÃO DIRETA DO ESTADO NA ECONOMIA E SEUS REGIMES CONSTITUCIONAIS.

Celso Antônio Bandeira de Mello aborda a atuação estatal no domínio econômico, explicitando a possibilidade de atuação empresária do Estado, quando este “se propõe a agir como protagonista da exploração econômica”. A atuação do Estado como empresário, porém, é, fora dos casos previstos pela Constituição, subsidiária à privada, tendo em vista o princípio da livre iniciativa, consagrado na Constituição Federal.²⁴

Adotamos a nomenclatura de “atuação do Estado na economia” à sua atuação direta, sem perdermos de vista que muitas vezes pode haver alguma **fungibilidade** entre a atuação direta e a indireta, como ocorre nas atuações diretas com finalidades indiretas de influenciar os agentes privados, em que o Estado se vale de técnicas de fomento ou de constrição não jurídicas *stricto sensu*, mas econômicas.

Entretanto, mesmo nessas hipóteses, o meio adotado pelo Estado não é a emissão de regras jurídicas ou de incentivos, mas a realização de operações econômicas pelo próprio Estado. Nesses casos, ainda que com objetivos regulatórios ou de fomento, o Estado é o próprio agente econômico.

A ordem econômica constitucional brasileira possui uma relativamente clara divisão entre as esferas pública e privada na economia.

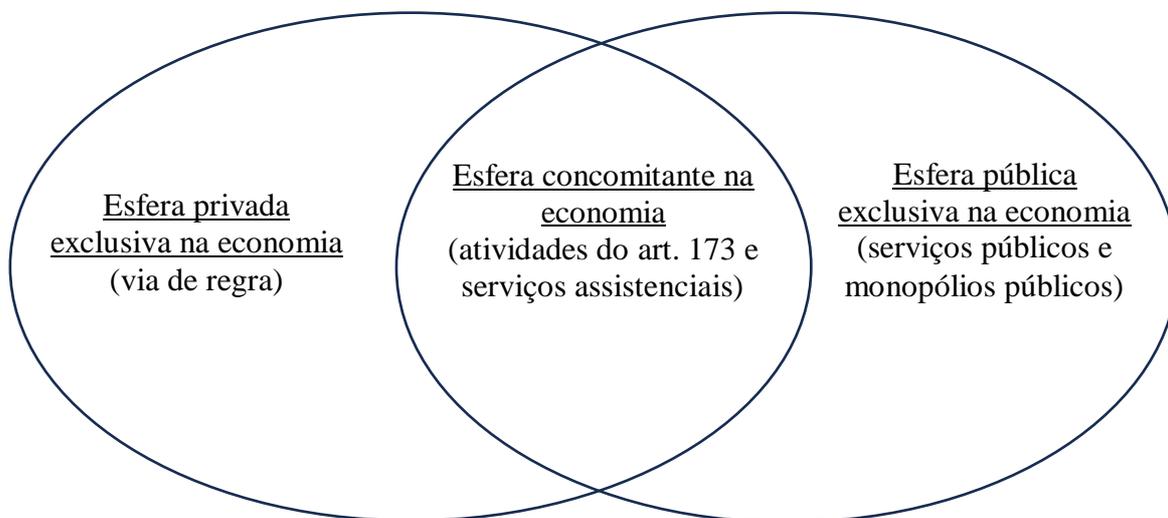
A regra na nossa Constituição é que as atividades econômicas são livres para a iniciativa privada e vedadas à iniciativa pública (arts. 1º, IV; 170; 173, CF), ou seja, o Estado, a priori, está proibido de explorar atividades econômicas.²⁵

Há, contudo, duas importantes exceções a essa dupla regra constitucional (garantia da iniciativa privada e vedação da iniciativa pública na economia): a *publicatio* de algumas atividades, abrangente dos serviços e monopólios públicos; e as atividades concomitantes, que abrangem as atividades econômicas do art. 173 da CF e os serviços públicos sociais, também chamados simplesmente de serviços assistenciais.

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Estado e a ordem econômica. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 62, p. 34-46, p. 37, abr./jun. 1982.

²⁵ Dá-se o contrário, por exemplo, na Espanha, em que tanto a iniciativa privada como a iniciativa pública na economia são concomitante e paritariamente asseguradas, cabendo cada maioria política definir o maior ou menor grau de atuação direta do Estado na economia (art. 128, Constituição espanhola). “Artículo 128. 2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”. Note-se, que a primeira parte do artigo assegura per se a atuação pública em concomitância com a privada, e a segunda parte vai além, permitindo que, mediante lei, a atividade econômica seja retirada da iniciativa privada e colocada sob *publicatio*.

ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL



Vejamos cada uma dessas exceções.

A primeira delas abrange as atividades que o próprio constituinte identifica como de titularidade estatal exclusiva (*publicatio*), ou seja, em que se inverte a regra vista acima: não apenas é nelas assegurada a iniciativa pública, como a iniciativa privada que é vedada nesses setores, salvo como mera delegatária contratual do Estado.

Essa primeira exceção – *publicatio* – pode ser subdividida em duas subespécies: (i) os serviços públicos; e (ii) os monopólios públicos.

Em ambas a regra é, repise-se, inversa: o Estado pode exercê-las livremente, nos termos das respectivas leis regulamentadoras, e à iniciativa privada é vedado explorá-las, salvo se o Estado com isso contratualmente assentir, e mesmo assim sempre mantendo a titularidade da atividade, sendo o eventual particular que conjunturalmente a estiver exercendo mero delegatário seu.

Serviços e monopólios públicos têm o importante dado em comum sobre ambos haver uma *publicatio*,²⁶ ou seja, de serem atividades titularizadas com exclusividade pelo Estado, estando, portanto, fora da esfera privada da economia.

A distinção entre eles se daria apenas em razão do motivo de cada *publicatio*: nos serviços públicos, a razão é o atendimento imediato a necessidades das pessoas, da dignidade das pessoas, fornecendo-lhes saneamento básico, energia elétrica etc.; já o motivo da *publicatio* dos monopólios públicos são interesses estratégicos e

²⁶ Abstraímos aqui dos serviços públicos sociais (educação, saúde etc.), atividades que também podem ser exercidas por direito próprio (não como mera delegatária) pela iniciativa privada, como veremos mais adiante.

fiscais do Estado e da nação coletivamente considerada, como as atividades nucleares e de petróleo.

Eros Roberto Grau explica que “no caso (art. 21, XXIII, CF), assim como no do art. 177 – monopólio do petróleo e do gás natural –, razões creditadas aos imperativos da segurança nacional é que justificam a previsão constitucional de atuação do Estado, como agente econômico, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Não há, pois, aí, serviço público”.²⁷

No dizer de Gaspar Ariño Ortiz:

tanto nos serviços públicos como nas atividades econômicas o Estado busca a realização de finalidades públicas, que, todavia, são de espécies muito diferentes: na gestão econômica não há uma finalidade de serviço ao público, isto é, aos cidadãos individualmente considerados, mas uma finalidade de ordenação econômica, de conformação social, de serviço nacional, isto é, de promoção econômico-social da nação considerada em seu conjunto.²⁸

Marçal Justen Filho extrai dessa diferença, por um lado, que o Estado não pode se valer de prerrogativas especiais na exploração de monopólios públicos e, por outro, que os cidadãos não podem invocar as garantias de serviço público em relação aos monopólios públicos, não tendo, por exemplo, direito de acesso ao produto final deles, ao contrário do que sucede em relação aos serviços públicos, instrumentos da realização de direitos fundamentais.²⁹

Essa distinção entre serviço público e monopólio público, com base no objetivo de cada um (humano/social para o primeiro, e estratégico/fiscal para o segundo), apesar de aparentemente simples, ao se analisar concretamente determinadas atividades, pode se tornar nebulosa. Por exemplo, a transmissão de energia elétrica entre as regiões do País, se, por um lado, é fundamental para que as pessoas individualmente tenham acesso à energia elétrica em suas casas, por outro também é estratégica para a segurança energética nacional.³⁰

²⁷ GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255, 257 e 262.

²⁸ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999. p. 494.

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 867

³⁰ Gustavo Kaercher Loureiro invoca o exemplo do setor energia elétrica justamente para discordar da diferenciação entre os conceitos jurídicos de serviços públicos e monopólios públicos. Em seu entendimento, “do ponto de vista jurídico, não há diferença essencial entre os ‘monopólios’ do art. 177 da Constituição e os ‘serviços públicos’, normalmente identificados com as atividades econômicas do art. 21. Em ambos os casos, está-se diante de tarefas que foram excepcionalmente

Apesar dessas atividades que ficam em uma zona nebulosa do critério de distinção e da certa confusão de nomenclatura que a legislação propicia em relação a elas,³¹ há certo consenso doutrinário³² na identificação das atividades econômicas que seriam constitucionalmente monopolizadas pelo Estado, sendo titularizadas por ele, mas sem constituírem serviços públicos. São elas: (i) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos, nos termos dos arts. 21, XXIII, e 177, V, CF; (ii) a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos (art. 176, CF); e (iii) a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, o refino de petróleo, a importação e exportação de hidrocarbonetos e dos seus derivados básicos, o transporte marítimo do petróleo nacional e seus derivados, bem como o

atribuídas ao Estado, às quais se refere a primeira parte do *caput* do art. 173. Em ambos os casos, trata-se de atividades reservadas que podem ter a respectiva execução delegada a agentes privados”. E reforça o argumento ao analisar o setor de energia: “tanto do ponto de vista normativo (constitucional) quanto fático, há mais semelhanças de objetivos e finalidades entre as indústrias do petróleo, do gás e da energia elétrica, do que entre esta última e várias outras ‘suas vizinhas’ do art. 21. Na verdade, a distinção entre ‘monopólios’ e ‘serviços públicos’ possui raízes históricas bem marcadas que, atualmente, não mais existem, de modo que essa distinção é hoje repetida mais por apego à tradição do que por exigência constitucional” (LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Instituições de Direito da Energia Elétrica: propedêutica e fundamentos*, vol. I, 2. ed, São Paulo: Quartier Latin, 2021.385-394).

³¹ Nos referimos aqui ao art. 1º da Lei nº 13.303/2016 (Estatuto das Estatais), que após se referir às estatais que genericamente explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”, coloca como uma de suas espécies as atividades econômicas que “estejam sujeitas ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos”. Em outras palavras, a Lei nº 13.303/2016 denomina as atividades econômicas sob *publicatio* em geral como monopólios ou serviços públicos, sinonimizando-os. A Lei não prima pela boa técnica, pois, mesmo que estivesse considerando equiparáveis os monopólios aos serviços públicos, não deveria ter se referido apenas aos monopólios da União, já que, se os monopólios são realmente todos federais (art. 177, CF), há obviamente serviços públicos de todos os entes da Federação. Não há, contudo, maiores consequências para a confusa e prolixa redação adotada pelo legislador, já que, para além dos seus problemas técnico-taxonomicos, a Lei, pela largueza dos seus termos, deve de qualquer maneira ser considerada como se referindo a todas as estatais que explorem atividades econômicas *lato sensu*, inclusive monopólios e serviços públicos, de quaisquer entes da Federação.

³² A respeito das atividades constitucionalmente monopolizadas pelo Estado, ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 478; GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 255, 257 e 262.

transporte por duto de petróleo, seus derivados e gás natural, sejam eles de origem nacional ou não (art. 177, I a IV).

A grande maioria da doutrina considera que os monopólios públicos são apenas aqueles taxativamente previstos na Constituição,³³ ao passo que os serviços públicos, apesar de muitas vezes também serem previstos diretamente na Constituição, como os serviços de distribuição de gás canalizado de competência dos Estados-membros (art. 25, § 2º, CF),³⁴ possuem uma previsão genérica no art. 175 da CF, fazendo com que, desde que atendido o Princípio da Proporcionalidade, possam também ser criados pelo legislador infraconstitucional.³⁵

A segunda exceção à regra da exclusividade da iniciativa privada nas atividades econômicas vista acima é constituída por aquelas que podem ser exercidas

³³ Minoritariamente, mas também com grande plausibilidade, afirma-se que a conclusão sobre a taxatividade constitucional dos monopólios públicos “não é baseada em argumentos imparciais [...]. A sugestão de ‘silêncio eloquente’ para a vedação de criação de monopólios por lei ordinária não encontra fundamento numa teoria democraticamente neutra, que leve a sério os diversos projetos dos membros da comunidade política. A ‘intenção constitucional’ não é unívoca” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação e princípio constitucional da livre-iniciativa*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 725 e 726).

³⁴ Marçal Justen Filho, todavia, não considera que o fornecimento de gás canalizado seja um serviço público, mas monopólio estatal, por não estar vinculado ao atendimento de direitos fundamentais dos cidadãos (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 867).

³⁵ No rol dos que consideram que o legislador infraconstitucional pode criar serviços públicos: v. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de Direito Administrativo*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Igualmente, JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, 10. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 737-738. Para o último autor, o legislador infraconstitucional somente pode instituir determinado serviço público se houver a satisfação de direitos fundamentais, critério incluído no seu conceito de serviço público. Em posição minoritária, Fernando Herren Aguillar, ao interpretar o art. 175, CF, entende que os serviços públicos seriam “[...] atividades econômicas exercidas em regime de privilégio pelo Estado em função de reserva constitucional” (grifou-se) (cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297-304). Diogo de Figueiredo Moreira Neto também entende que todos os serviços públicos estão expressos na Constituição, mas ressalva as hipóteses fundadas na segurança nacional ou no atendimento de relevante interesse coletivo, em que o legislador poderia instituir determinado serviço público (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 471). Sobre o tema, é ilustrativo o Recurso Extraordinário nº 49.988/SP, no qual o STF considerou que “os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum”.

concomitantemente tanto pelos particulares como pelo Estado: tanto o Estado como os particulares podem exercê-las por direito próprio.

Nas atividades que vimos acima, sob *publicatio*, eventualmente os particulares até podem exercer a atividade, mas como meros delegatários contratuais do Estado (**um título derivado translativo, não originário**); já nas atividades que ora passamos a examinar, tanto o Estado como os particulares as podem exercer **por título próprio e fundamental originário**, no caso dos particulares pelo direito constitucional de livre iniciativa.

Essa segunda exceção (exercício direto estatal em concomitância com a iniciativa privada) comporta duas subespécies: (i) os serviços públicos sociais, atividades ligadas à dignidade da pessoa humana que o Constituinte não só admite como determina que o Estado preste, às vezes gratuitamente, como a saúde (art. 199, CF) e a educação (art. 209, CF), outras vezes podendo cobrar por elas, como as atividades culturais e de lazer (arts. 6º e 227, CF – ex.: museus e teatros públicos).³⁶ A obrigação do Estado prestar essas atividades não faz com que os particulares, independentemente de qualquer delegação do Estado, também não as possam prestar;³⁷ e (ii) as atividades econômicas da iniciativa privada em relação às quais o

³⁶ Marçal Justen Filho classifica os serviços públicos como “sociais: aqueles que satisfazem necessidades de cunho social ou assistencial, tal como a educação, a assistência, a seguridade; comerciais e industriais: aqueles que envolvem o oferecimento de utilidades materiais necessárias à sobrevivência digna do indivíduo, tal como a água tratada, a energia elétrica, as telecomunicações; culturais: os que satisfazem necessidades culturais, envolvendo o desenvolvimento da capacidade artística e o próprio lazer, tais como museus, cinema, teatro” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005. p. 499). Entendemos que os serviços públicos ditos culturais podem, sem que isso cause nenhuma alteração no seu regime jurídico, ser considerados tanto como espécie autônoma como integrante da categoria dos serviços públicos sociais.

³⁷ Carlos Ari Sunfeld sustenta que “os serviços públicos importam na criação de utilidades e comodidades fruíveis direta e individualmente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente ao Estado”. Já “os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado. [...] A prestação de tais serviços é dever inafastável do Estado, tendo os indivíduos o direito subjetivo de usufruí-los. O objetivo do Constituinte ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas sim a de obrigar a seu exercício. Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de Direito Público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de Direito Privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 83). Juan Carlos Cassagne, por seu turno, registra que o “Estado também pode assumir a realização de

Estado seja, juntamente com a iniciativa privada, legislativamente autorizado a atuar por razões de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional, guardando uma paridade de tratamento jurídico em relação aos seus concorrentes privados, titulares originariamente exclusivos daquelas atividades (art. 173, CF). Como exemplo poderíamos citar os bancos públicos.

Vê-se, portanto, que, das quatro espécies de atividades econômicas que o Estado pode exercer diretamente (serviços públicos, monopólios públicos, serviços públicos sociais e atividades econômicas do art. 173 da CF), as últimas são as únicas que exigem uma prévia justificativa de interesse público para poderem ser exercidas pelo Estado. Há sobre elas um ônus argumentativo para justificar a constitucionalidade das respectivas leis, já que as demais, ou já são constitucionalmente de titularidade estatal exclusiva (*publicatio* – serviços e monopólios públicos) ou constituem um dever constitucionalmente imposto ao Estado, mesmo que sem exclusão da iniciativa privada (serviços públicos sociais).

Similar necessidade de justificativa apenas há na hipótese residual dos serviços públicos não referidos constitucionalmente, de criação legislativa, que exigem uma fundamentação especial em termos ponderação da livre-iniciativa privada com a dignidade da pessoa humana.

A exigência de justificação nesses casos – novos serviços públicos com *publicatio* – deve ser até mais intensa que para as atividades do art. 173, pois implicam a retirada da atividade da iniciativa privada com a sua *publicatio* via legislativa, ao passo que pelo art. 173 apenas se permite ao Estado exercer a atividade, mas sem tirar o direito de os particulares também as exercerem.

Observação relevante é de que apenas as atividades do art. 173 devem ter paridade com o regime jurídico da iniciativa privada, ou seja, apenas elas são obrigadas a seguir preponderantemente o direito privado, até para não concorrer deslealmente com os particulares que atuam no setor.

Por esse motivo, sempre que o Estado desejar exercer uma atividade econômica em concomitância com a iniciativa privada por razão de relevante interesse coletivo ou segurança nacional (art. 173, CF) deverá fazê-lo mediante uma pessoa jurídica de direito privado a ele instrumental, ou seja, uma empresa pública ou sociedade de economia mista.³⁸

atividades de interesse público de titularidade privada [...]. Isto não provoca uma mutação ou extensão do regime jurídico do serviço público quando as atividades são prestadas pelos particulares” (CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1994. p. 39).

³⁸ Lucas Rocha Furtado observa, ao comentar os arts. 173 e 177 da Constituição, “em relação às atividades indicadas pelo mencionado art. 177, a serem exploradas pelo Estado em regime de monopólio, que o regime jurídico a ser adotado depende do que dispuser a lei, sendo lícita a adoção do direito privado ou do direito público. A liberdade para a adoção do regime jurídico não é admitida para as outras hipóteses de intervenção do Estado na economia em razão da competição entre o poder público e os particulares. Não havendo competição na exploração das

No Recurso Extraordinário nº 172.816 o Supremo decidiu pela inaplicabilidade do art. 173, § 1º, CF, a atividades econômicas titularizadas com exclusividade pelo Estado:

A norma do art. 173, § 1º, da Constituição aplica-se às entidades públicas que exercem atividade econômica em regime de concorrência, não tendo aplicação às sociedades de economia mista ou empresas públicas que, embora exercendo atividade econômica, gozam de exclusividade.³⁹

Nas demais atividades econômicas exercitáveis pelo Estado (serviços públicos, monopólios públicos e serviços públicos sociais) o seu regime jurídico será uma opção legislativa, o que geralmente decorre da escolha de que tipo de entidade irá prestá-la, adotando o regime jurídico preponderantemente privado se for exercida por uma pessoa de direito privado – uma empresa pública ou sociedade de economia mista. Já se for exercida pela própria Administração Direta, por autarquia ou fundação pública de direito público estará adotando o regime jurídico preponderantemente de direito público.⁴⁰

Apenas em relação aos serviços públicos sociais cuja gratuidade seja constitucionalmente imposta (ex.: educação – art. 209, CF) que a forma empresarial não é uma opção do Estado, devendo se valer da Administração Direta, de uma autarquia ou de uma fundação pública, já que a gratuidade é incompatível com a finalidade de lucro inerente a qualquer empresa, mesmo que estatal.⁴¹

atividades empresariais sujeitas ao regime do monopólio, não se aplica a regra prevista no mencionado art. 173, § 1º” (FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 700-701).

³⁹ O Ministro Sepúlveda Pertence se pronunciou no mesmo sentido no Recurso Extraordinário nº 220.906-9/DF, assim como o Ministro Carlos Velloso na ADI nº 1552-4.

⁴⁰ As fundações públicas de direito privado podem ser cogitadas apenas para os serviços públicos sociais, e mesmo assim, como geralmente são deficitárias, incidirão em um dos principais indícios em razão dos quais lhes é atribuída a natureza substancial de fundações públicas de direito público, ou seja, de autarquias fundacionais ou fundações autárquicas. Para maiores detalhes sobre o tema: ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, dez.-jan.-fev. 2009/2010.

⁴¹ “Nem mesmo a adoção formal de uma entidade de direito privado para exercer tais atividades ilide a assertiva. Tratando de hospital público (Hospital Nossa Senhora da Conceição S.A.) revestindo a forma de sociedade de economia mista, o Ministro Ayres Britto sublinhou a peculiar natureza da suposta empresa: “[...] bem, diante disso, e considerando a heterodoxia do caso – desde a década de 70 que o Estado é detentor do controle dessa empresa que, na verdade, é um eufemismo chamar de empresa ou talvez uma alquimia ou uma espécie de prestidigitação, porque de empresa não se cuida, o Estado, desde a década de 70, que, por desapropriação, se assenhoreou da atividade, prestando-a, ininterruptamente, e controlando 99.9% das ações. [...]” (RE 580264/RS, Redator para o acórdão o Min. Ayres Britto, DJe 06.10.2011). O Ministro Cezar Peluso foi, então,

Assim, em síntese, no que diz respeito às atividades econômicas mencionadas acima, em suas quatro espécies, o fato de o Estado poder exercer essas atividades econômicas não quer dizer que deva necessariamente fazê-lo por si próprio. Todos os serviços públicos econômicos e grande parte dos monopólios públicos⁴² são delegáveis à iniciativa privada por decisão legislativa e administrativa. Quando isso ocorrer, teremos atividades econômicas de titularidade estatal, mas sem o Estado atuar diretamente no seu exercício, apenas atuando indiretamente regulando o seu exercício por particulares.

Já os serviços públicos sociais em princípio são prestados pelo próprio Estado, até porque não haveria sentido em se falar de sua delegação à iniciativa privada se esta já pode exercê-los por direito próprio. Não se pode descartar, no entanto, a possibilidade de serem delegadas à iniciativa privada na modalidade de Parceria Público-Privada (“PPP”) das concessões administrativas, em que, sobretudo nos casos em que for gratuito ou bastante subsidiado, o Estado delega a atividade à empresa privada, mas a remunera diretamente para tanto (art. 2º, § 2º, Lei 11.079).

Paradoxalmente, as atividades econômicas do art. 173, exercitáveis pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada, são as únicas que não têm como serem delegadas à iniciativa privada, pois o interesse coletivo ou razões de segurança nacional que as justificaram foram justamente porque era necessária a atuação

enfático: “[...] A União mantém 0,01% para sustentar a forma de sociedade anônima a uma empresa que, na verdade, não é empresa, é órgão direto da União. [...]”. O acórdão também destacou como razões da sua decisão o fato de o Hospital não distribuir lucros a particulares. “[...] O acórdão, fazendo afirmações genéricas sobre hospitais, diz que, em geral, os hospitais distribuem lucros aos acionistas. Está falando de forma geral, não deste hospital aqui em particular. Fala do Código Tributário Nacional etc., e, que, em geral, os hospitais distribuem o lucro. Distribuem o lucro para quê? Tudo para a União, seria neste caso” (RE 580264/RS, Redator para o acórdão o Min. Ayres Britto, DJe 06.10.2011; Manifestação do Min. César Peluso nos debates). A Primeira Turma do STF, todavia, discordava dessa solução: “[...] Sociedade de economia mista. Regime de execução. Empresas privadas. Precatório. Inaplicabilidade. Precedente. As sociedades de economia mista, mesmo quando prestadoras de serviço público, submetem-se ao regime de execução comum às demais empresas privadas. Descabe a pretensão de agasalhá-las sob o regime de precatório. Precedente: Recurso Extraordinário 599.628/DF, mérito julgado com repercussão geral admitida” (Recurso Extraordinário nº 709225/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

⁴² O exercício do monopólio dos minerais nucleares não é subordinado aos regimes de autorização de pesquisa e concessão de lavra (cf. art. 21, XXIII, CF). Com efeito, se em relação aos minérios em geral e ao petróleo/ gás natural, a CF prevê a possibilidade de a União contratar o exercício da atividade com particulares, em relação às atividades nucleares se silencia, vedando a *contrario sensu* (arg ex art. 177, V, CF) essa possibilidade diante dos altos riscos envolvidos em sua manipulação e a sua forte relação com a segurança nacional (RANGEL NOGUEIRA, Luciana. *Direito minerário brasileiro e as restrições à propriedade superficiária*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Unicamp, Campinas).

direta do Estado, ainda que em concomitância com a atuação privada. Não faria sentido que o Estado adquirisse o poder/dever de exercer tais atividades para depois delegá-la à iniciativa privada, ainda que de forma subsidiada ou integralmente financiada pelo próprio Estado.

Uma das principais discussões jurídicas relativas à atuação direta do estado na economia diz respeito ao princípio da subsidiariedade, que passaremos a abordar no Tópico seguinte.

5. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO.

Pelo princípio da subsidiariedade, o Estado deve atuar em relação à economia apenas quando a iniciativa privada não estiver sendo capaz de atender satisfatoriamente os interesses sociais ligados a determinada atividade econômica, sendo ilegítima e inconstitucional a incursão do Estado sem que haja essa necessidade.⁴³

A invocação do princípio da subsidiariedade não está incorreta. No entanto, não pode ser feita de forma assim tão genérica e absoluta.⁴⁴

⁴³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que o princípio da subsidiariedade incide não apenas no aspecto da atuação direta do Estado na economia, como também nas diferentes esferas da organização social. “Deve-se reconhecer ao indivíduo a prioridade de atuar com seus próprios meios para a satisfação de seus interesses, só deferindo às entidades da sociedade aquilo que ele não possa fazer”. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Cidadania e advocacia no Estado democrático de direito. R. Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, v. 50, p. 118, 1997). José Alfredo de Oliveira Baracho, ao apresentar a evolução do princípio da subsidiariedade em face da constitucionalização da ordem econômica, constata a superação das concepções minimalistas da função do Estado do século XIX, muito embora, atualmente, predomine a concepção de atuação acessória do Estado na economia (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 19). O princípio da subsidiariedade é multifacetado e, por essa razão, é utilizado em diversos ramos do direito, como no direito econômico, direito do trabalho, direito constitucional e direito ambiental. Nas diferentes áreas, esse princípio é usado para justificar a atuação dos agentes em caráter não principal. Na seara econômica, a subsidiariedade garante que a interferência estatal no âmbito privado seja elemento secundário (DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. *Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal*. Sequência. Florianópolis, n. 68, p. 91-107, jun. 2014, p. 97-102).

⁴⁴ Indo além da ressalva que fazemos, Cláudio Pereira e José Vicente chegam a afirmar que o princípio da subsidiariedade não tem status constitucional. Segundo eles, não obstante os princípios da livre-iniciativa e do livre mercado sejam assegurados, no texto Constitucional, há previsão de amplas possibilidades de atuação direta do Estado na economia, em situação de monopólio, de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Assim, “são im procedentes as tentativas de se emprestar status constitucional ao princípio da subsidiariedade. Aqui, como talvez em nenhuma outra área, o uso de categorias originalmente desenvolvidas para

Fundamento normalmente invocado para o princípio da subsidiariedade é o de ser uma expressão do elemento necessidade do princípio da proporcionalidade.⁴⁵

Pressupondo-se que a atuação, direta ou indireta, do Estado em relação à economia requer algum grau de limitação da liberdade de iniciativa privada, deve-se fazer uma ponderação entre os valores públicos visados pelo Estado e a iniciativa privada virtualmente limitada por esses valores, de maneira que a restrição só será legítima quando a atuação do Estado for, entre os vários cogitáveis, o meio menos restritivo da iniciativa privada (o meio estritamente necessário) para a realização daqueles valores públicos. Se estes valores públicos puderem ser atendidos pela própria iniciativa privada não haveria razão para o Estado restringi-la, pois o estaria fazendo desnecessariamente.

O raciocínio está correto, mas não podemos desconsiderar que, em parte das atividades econômicas exercitáveis diretamente pelo Estado, não há direito de iniciativa privada a ser ponderado.

No caso das atividades econômicas sujeitas a *publicatio* – serviços públicos do art. 175 e monopólios públicos (art. 177) –, como são atividades da esfera pública na economia, vedadas à iniciativa privada por direito próprio, não há liberdade constitucional de iniciativa para os particulares a ser restringida.

Como expõe Odete Medauar, em lição inteiramente aplicável a todas as atividades sob *publicatio*, “alguns preceitos contidos no art. 170 destinados a nortear

o campo dos direitos fundamentais converte-se em veículo de captura ideológica do texto constitucional” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação e princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 725, 726 e 741).

⁴⁵ Já foi destacado que o princípio da subsidiariedade está inserido no princípio da proporcionalidade, mais especificamente no aspecto da necessidade. Nesse sentido, o Estado deve abster-se de atuar nas atividades que tenham como, sem essa sua atuação, ser desempenhadas adequadamente pelos particulares. A liberdade dos agentes econômicos só deve ser restringida caso haja necessidade e sempre de maneira menos ampla possível (ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 210, jan.-mar. 2001). Esse mesmo posicionamento é adotado por MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 153; e MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: PUF, 1993. Marçal Justen Filho considera que “à atuação direta [...] aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória. Sob esse prisma, o princípio da proporcionalidade se manifesta como princípio da subsidiariedade” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 870). Para aprofundamentos sobre o princípio da proporcionalidade no direito administrativo, GONZÁLES, José Ignacio López. *El principio general de proporcionalidade en el derecho administrativo*. Sevilla: Instituto Garcia Oviedo, 1988. p. 81.

a atividade econômica não se aplicam aos serviços públicos. É o caso da livre-iniciativa, por exemplo; não se pode dizer que a prestação dos serviços públicos é informada pela livre-iniciativa. A decisão de transferir a execução ao setor privado é sempre do poder público”.⁴⁶

Caio Tácito também faz a mesma distinção, desta feita se referindo especificamente aos monopólios públicos:

O Estado será partícipe direto da atividade econômica quando, nos termos de lei autorizativa, venha a exercê-la por meio de empresa pública ou sociedade de economia mista, sujeitas em sua funcionalidade, ao regime próprio das empresas privadas (art. 173, § 1º) e, portanto, colocadas no plano da concorrência. Destaca, porém, a Constituição atividades específicas, sobre as quais opera o monopólio da União, com a interdição de acesso à iniciativa privada (art. 177). [...] No plano conceitual, impõe-se distinguir o monopólio de fato do monopólio de direito, perante os quais diversamente se comporta a ordem jurídica. No monopólio de fato, a concentração capitalista se exacerba materialmente em detrimento da liberdade econômica, e a norma jurídica secundária opera como sanção à conduta ilícita, em defesa do princípio da concorrência. Quando, no entanto, o interesse público recomenda que se reserve ao Estado a exclusividade de determinada atividade econômica, em proteção de relevante interesse geral, a norma jurídica se dirige primariamente à garantia do privilégio estatal. [...] No monopólio de direito, é a lei que torna privativa do Estado a atividade econômica, emitindo ato de vedação da concorrência, declarada ilícita.⁴⁷

Sob essa perspectiva, o âmbito por excelência da correlação do elemento necessidade do princípio da proporcionalidade com a subsidiariedade é o da publicização de atividades, ou seja, a retirada de atividades econômicas da esfera privada exclusiva para a esfera pública exclusiva (*publicatio*). Mas, mesmo assim, como a maioria dos serviços públicos sob *publicatio* e todos os monopólios públicos já são previstos constitucionalmente, não chega a haver maior utilidade prática nessa invocação do princípio da proporcionalidade para fundamentar a subsidiariedade. Tal juízo já fora adredemente feito pelo próprio constituinte originário.

Mesmo em relação às atividades econômicas que o Estado exerce em concorrência com a iniciativa privada, nos termos do art. 173 da CF, é discutível a

⁴⁶ MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 125.

⁴⁷ TÁCITO, Caio. Importação de Gás Acordo Binacional – Gasoduto – Monopólio da União – Participação da iniciativa privada. *Revista Forense*, v. 324, 1989, p. 105 e 106.

aplicação do fundamento do princípio da proporcionalidade à ideia de subsidiariedade, pois, nessas situações, a atividade do Estado juridicamente em nada limita o direito de os particulares continuarem atuando no setor. Apenas economicamente – por trazer mais um concorrente – poderia lhes trazer algum prejuízo. No entanto, sendo a concorrência também um dos princípios da ordem econômica constitucional (art. 170), essa atividade econômica do Estado não pode ser considerada como restritiva da iniciativa privada, que pressupõe a maior concorrência possível, pois apenas acarretou no surgimento de mais um concorrente, ainda que estatal.

Fundamento mais específico para a Subsidiariedade é o caput do art. 173 da Constituição Federal,⁴⁸ para o qual o Estado explorará atividades econômicas apenas em casos de relevante interesse coletivo ou segurança nacional.⁴⁹

Note-se que não é a atividade econômica em si que tem que ser de “relevante interesse coletivo”, mas, sim, a atuação do Estado nela. Podemos imaginar atividades muito relevantes, mas cuja atuação estatal nelas é prescindível, como a produção de roupas.

Entretanto, da mesma forma que a invocação do elemento necessidade da proporcionalidade, a invocação do art. 173 como fundamento da subsidiariedade também – e por razões muito semelhantes – possui seus limites.

O próprio dispositivo excepciona da sua incidência os “casos previstos nesta Constituição”, ou seja, os casos cujo exercício da atividade econômica pelo Estado já esteja previsto na Constituição, quais sejam, os serviços públicos, os monopólios públicos e os serviços públicos sociais, como vimos no Tópico anterior.

Egon Bockmann Moreira explica que:

não se dá a incidência do princípio da subsidiariedade no setor dos serviços públicos e, por identidade de razões, aos monopólios públicos, cuja definição constitucional – ‘Incumbe ao Poder Público [...] a prestação de serviços públicos’ (art. 175) – torna inversa a relação. O serviço público é reservado de forma primária ao Estado, podendo ser concedido o seu exercício aos particulares. Não há serviço público exercido de forma subsidiária pelo Poder Público (mas sim pelas pessoas privadas). Nem tampouco se poderia cogitar de o Estado ‘intervir’ num setor que lhe é próprio. Quanto aos serviços públicos, o Estado tem o dever de sempre

⁴⁸ “Art. 173, *caput*. 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”.

⁴⁹ Na verdade, a menção à segurança nacional seria despicienda por obviamente já ser um “relevante interesse coletivo”.

atuar (de forma direta ou indireta), pois sua racionalidade exige a prestação pública contínua e adequada.⁵⁰

Igualmente entende José Afonso da Silva, para quem:

o modo de gestão desses serviços públicos [...] entra no âmbito da discricionariedade organizativa – ou seja: cabe à Administração escolher se o faz diretamente ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou a uma empresa privada por concessão ou permissão. [...] A exploração dos serviços públicos por empresas estatais não se subordina às limitações do art. 173, que nada tem com eles. Efetivamente, não tem cabimento falar em excepcionalidade, ou subsidiariedade [...]. Não comporta mencionar, a respeito deles, a preferência da iniciativa privada.⁵¹

Assim, a limitação que existe para a invocação dos fundamentos do princípio da subsidiariedade reflete limites do seu próprio âmbito e intensidade de aplicação. Como afirma Sérgio Henrique Abranches, em clássico artigo:

a divisão de áreas de atividades entre empresa estatal e empresa privada é eminentemente política; às vezes, no entanto, a ênfase que se dá no Brasil ao caráter necessariamente suplementar da ação estatal e à questão dos célebres espaços vazios encobre a natureza política desse processo, com argumentos que criam a impressão de que há critérios técnicos para proceder-se a tal divisão de áreas. Assim, parece que só é complementar a atividade estatal destinada a suprir deficiências de infraestrutura ou insumos estratégicos. Na verdade, a complementaridade da intervenção estatal na produção define-se histórica e politicamente.⁵²

⁵⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Estudos de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 93.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 725.

⁵² ABRANCHES, Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal – economia, política e interesse público. *Rev. Adm. Empresa pública*, FGV, 19(4), p. 103, out.-dez. 1979. Como exemplo, o autor dá o de países europeus que na época do advento das grandes multinacionais criaram empresas estatais, não para atender ao mercado diante de uma suposta insuficiência de empresas privadas (as multinacionais poderiam atendê-lo perfeitamente), mas, sim, para evitar o domínio dos seus mercados apenas por empresas estrangeiras, garantindo a presença em setores considerados importantes de pelo menos uma empresa nacional, ainda que estatal.

A Constituição de 1988, como constituição compromissória,⁵³ positivou tanto as preocupações liberais do mercado como as preocupações do bem-estar social. Cabe, em primeiro plano, ao legislador infraconstitucional, intérprete primeiro da Constituição e ponderador preferencial dos seus valores, definir as atividades econômicas em que a atuação do Estado será possível com base no art. 173, da CF. Ao Poder Judiciário cabe somente declarar a nulidade das leis que autorizarem a atuação do Estado em atividades que estiverem em uma área de certeza negativa da presença das necessidades de relevante interesse coletivo ou de segurança nacional colocadas pelo dispositivo.

Porém, realmente devemos nos atentar para as ressalvas que Franck Moderne fez no contexto europeu em relação ao baixo nível de *enforcement* do princípio da subsidiariedade, não havendo notícia, segundo a pesquisa feita pelo autor, da declaração da inconstitucionalidade de alguma atuação do Estado na economia por violação ao referido princípio. “A jurisprudência constitucional não quis se pronunciar contra essa orientação genérica [princípio da subsidiariedade]. Nos Estados onde se teve a oportunidade de se expressar formalmente, ela se absteve de afirmar que o princípio da subsidiariedade teria supostamente sido transgredido, violando-se as disposições escritas do texto fundamental”.⁵⁴

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Vimos ao longo do presente estudo que as visões econômicas, a respeito da atuação do Estado na economia, são muito polarizadas. A despeito disso, é inegável a relevância da atuação empresarial do Estado no funcionamento dos mercados.

A partir das diferentes visões que prevalecem umas sobre as outras, a depender do contexto histórico e político, o que vemos são momentos do eterno movimento pendular do Estado em relação à economia, lembrando que, tanto em momentos liberalizantes como opostos, o pêndulo volta para o lado anterior, mas em uma posição diferente. O processo de expansão e contração da atuação estatal na economia acontece de maneira pendular ou cíclica, e a cada novo ciclo, a forma de atuação do Estado se modifica.

Isso acontece porque o crescimento econômico não é necessariamente equilibrado e o aumento da presença do Estado pode gerar disfuncionalidades e retração do desenvolvimento econômico. No momento em que o excesso de atuação estatal começa a gerar consequências demasiadamente nocivas ao

⁵³ A constituição compromissória define, por meio de normas programáticas, fins e objetivos para o Estado e a sociedade (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 136).

⁵⁴ MODERNE, Franck. *Principios Generales del Derecho Público*. Trad.: Alejandro Vergara Blanco. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 182. Também na Argentina se destaca o caráter eminentemente histórico e sociológico do princípio da subsidiariedade, e também não necessariamente dotado de uma índole “liberal pura”, cf. CARBAJALES, Juan José. *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*, Astrea, 2015, p. 97, *passim*.

crescimento econômico, há uma tendência de reversão do pêndulo, ou seja, de contração da atuação direta do Estado na economia.⁵⁵

Bresser Pereira sintetiza: “(...) a intervenção estatal expande-se e contrai-se ciclicamente, e que a cada novo ciclo o modo de intervenção muda”.⁵⁶

Egon Bockmann Moreira pronuncia que a ideia de um único pêndulo e seu movimento oscilatório deve ser superada. A realidade do Direito Público Econômico, na verdade, comportaria uma multiplicidade de pêndulos simultâneos, a depender do setor da economia que se toma como referencial, que “tendem a nunca parar”.⁵⁷

Se sempre existiu atuação direta empresarial do Estado na economia, essa atuação hoje se dá, como é da substância da história, em um novo contexto, que exige novas estratégias e novos instrumentos de ação empresarial estatal. Não é concebível hoje, por exemplo, uma grande estatal sem perspectiva de atuação internacional e de parcerias com agentes particulares, valendo-se de mecanismos privados para aumentar a sua eficiência, como a abertura do seu capital em níveis que lhe demandam requisitos de governança mais rígidos.⁵⁸

No mais, até pela hiperaceleração do tempo inerente à pós-modernidade, também chamada de compressão espaço-temporal, é possível que o movimento

⁵⁵ No período de expansão, há um crescente papel do Estado na coordenação da atuação dos agentes econômicos, nas decisões alocativas de recursos e na distribuição de renda. Contudo, depois de um tempo, a economia começa a ficar disfuncional. A atuação do Poder Público passa a ser um entrave ao invés de um estímulo e se verificam sucessivos e significativos déficits públicos. Nesse momento, é hora de o Estado contrair-se, buscando a desregulação e a privatização, tendo por fim a obtenção de um equilíbrio na relação entre mercado e intervenção estatal. Tal equilíbrio “irá necessariamente variar no curso da história e de acordo com o caráter cíclico e em permanente transformação da intervenção do Estado na economia” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, nº 3, jul./set. 1989).

⁵⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, nº 3, jul./set. 1989, p. 7.

⁵⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, nº 44, out./dez. 2013, p. 110.

⁵⁸ A articulação do capital privado nas empresas estatais varia segundo o modelo de participação do governo. Novas formas de interação de capital privado e público são implementadas para o aumento da eficiência das empresas. Nos exemplos de participação estatal majoritária, como o caso do Agricultural Bank of China, o Estado é ainda o maior acionista, mas a empresa é regida por regras que viabilizam a participação de investidores privados. O governo também pode lançar as empresas estatais na bolsa de valores de modo a continuar com o controle e atrair investidores privados minoritários. Nos modelos de participação minoritária do Estado, há maior renúncia do controle estatal em suas empresas, embora haja ampla previsão de empréstimos realizados por bancos de desenvolvimento ou instituições financeiras públicas às empresas privadas. A respeito: MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business Brazil and Beyond*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014. p. 2, 8,9.

pendular da relação do Estado com a economia, que antes variava por um espaço de duas ou mais décadas, esteja variando por lapsos temporais mais curtos, ou que, talvez, esteja havendo até mesmo a fusão desses diferentes movimentos, que deixariam de ser sucessivos, ainda que por espaços de tempo menores, para passarem a ser paradoxalmente concomitantes.⁵⁹

De toda sorte, independentemente de em determinado momento termos mais ou menos atuação direta do Estado na economia, o fato é que a globalização e as dela derivadas desestatização e liberalização dos mercados colocaram as estatais em um novo contexto extremamente modificado, passando a conviver em um mercado com concorrentes, inclusive internacionais, concorrentes estes que muitas vezes também se tornam parceiros para facilitar a sua expansão e mitigar a assunção de riscos.

Essas circunstâncias, independentemente de movimentos pendulares episódicos, prevalecerão pelo menos no médio prazo, uma vez que pelo menos por enquanto não há no horizonte histórico sinal de um possível retrocesso substancial na globalização dos mercados.

No constitucionalismo brasileiro, as discussões envolvendo empresas estatais tem sido marcadas por diversas formas de polarização, tanto no que diz respeito às possíveis atividades que justifiquem a atuação direta do Estado com base nos preceitos constitucionais; quanto, nos anos mais recentes, envolvendo a possibilidade de desestatização de certas atividades, privatização de empresas estatais e mesmo de alteração do regime jurídico de certas atividades historicamente marcadas pelo *publicatio*, passando-se para um regime mais liberalizante, de autorização e não mais de concessão.

Em que pesem as inúmeras especificidades envolvendo tais discussões em cada setor, é primordial a consideração das respectivas disposições constitucionais e os outros objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e de preservação da soberania nacional.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES. Sérgio Henrique. A questão da empresa estatal – economia, política e interesse público. *Rev. Adm. Empresa pública*, FGV, 19(4), p. 103, out.-dez. 1979.

⁵⁹ Não é o caso de nessa oportunidade nos aprofundar nas discussões sobre a pós-modernidade. Mas para os autores que a defendem está havendo uma fusão entre passado, presente e futuro, que se unem e formam um presente contínuo, com o futuro nele permanentemente se introduzindo. Hoje todo o sistema econômico acaba “introduzindo o tempo futuro no tempo presente de maneiras estarrecedoras” (HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154).

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, p. 210, jan.-mar. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As fundações públicas e o novo Código Civil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 20, dez.-jan.-fev. 2009/2010.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O Estado e a ordem econômica. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 62, p. 34-46, p. 37, abr./jun. 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARBAJALES, Juan José. *Las sociedades anónimas bajo injerencia estatal (SABIE)*, Astrea, 2015.

CANNAN, Edwin. *Elementary political economy*. 3. ed. London: Oxford University Press.

1281

CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. 2. ed. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1994.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit Constitutionnel*, 13. ed., Paris: Armand Colin, 1996.

DUARTE, Francisco Carlos; NACLE, Isabella Cristina Costa. *Subsidiariedade: a evolução do princípio constitucional limitador da interferência estatal*. Sequência. Florianópolis, n. 68, p. 91-107, jun. 2014.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e mercato: Il caso degli Stati Uniti*. Torino: G. Giappichelli, 1992.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.



GONZÁLES, José Ignacio López. *El principio general de proporcionalidade en el derecho administrativo*. Sevilla: Instituto Garcia Oviedo, 1988.

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

GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: _____; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154.

HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*, 2ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, trad. Luis Tobio, 1998.

HOBSBAWN, Eric. *A Era das Revoluções: 1789-1848*. 19. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Instituições de Direito da Energia Elétrica: propedêutica e fundamentos*, vol. I, 2. ed, São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARSHALL, Alfred. *Principles of Economy*. 8. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1920.



MEDAUAR, Odete. Serviços Públicos e Serviços de Interesse Econômico Geral. In: *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: PUF, 1993.

MODERNE, Franck. *Principios Generales del Derecho Público*. Trad.: Alejandro Vergara Blanco. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.

MONCADA, Luis Solano Cabral de. *Direito Económico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOREIRA, Egon Bockmann. O Direito Administrativo da Economia, a Ponderação de Interesses e o Paradigma da Intervenção Sensata. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann (Org.). *Estudos de Direito Económico*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. *Revista de Direito Público da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 11, nº 44, out./dez. 2013.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973.

1283

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Cidadania e advocacia no Estado democrático de direito. *R. Dir. Proc. Geral*. Rio de Janeiro, v. 50, p. 118, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINNI, Sergio G. *Reinventing State Capitalism: Leviathan in Business Brazil and Beyond*. Massachusetts: Harvard University Press, 2014.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de derecho público económico*. Granada: Comares e Fundación de Estudios de Regulación, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O caráter cíclico da intervenção estatal. *Revista de Economia Política*, v. 9, nº 3, jul./set. 1989.

PÉREZ, Carlos Antonio Espinoza. *Nuevo Estado y Empresa*, Bogotá: Temis, 1988.



- RANGEL NOGUEIRA, Luciana. *Direito minerário brasileiro e as restrições à propriedade superficiária*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Unicamp, Campinas.
- ROBBINS, Lionel. *Essays on Nature and Significance of Economic Science*. 2. ed. London: Ed. Macmillan and co., 1945.
- SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do Princípio da Lucratividade. *Revista de Direito Administrativo*, 224, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Josué Gomes da. Para uma estratégia de desenvolvimento. In: SICSÚ, João; CASTELAR, Armando (Org.) *Sociedade e economia: estratégias de crescimento e desenvolvimento*. Brasília: IPEA, 2009,
- SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- SOUSA FRANCO, António L.; MARTINS, Guilherme D'Oliveira. *A Constituição Económica Portuguesa: ensaio interpretativo*. Coimbra: Almedina, 1993.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação e princípio constitucional da livre-iniciativa. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TÁCITO, Caio. Importação de Gás Acordo Binacional – Gasoduto – Monopólio da União – Participação da iniciativa privada. *Revista Forense*, v. 324, 1989.
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Trad. José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- TEUBNER, Günther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Piracicaba: UNIMEP, 2004.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio Econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VISENTINI, Paulo Fagundes. *História mundial contemporânea (1776-1991): da independência dos Estados Unidos ao colapso da União Soviética*. 3. ed. rev. atual. Brasília: FUNAG, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Le Droit en Douceur – Il Diritto Mite*. Trad. Michel Leroy. Paris: Econômica, 2000.

