



A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: LIMITES E MODALIDADES À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Revista Tributária e de Finanças Públicas | vol. 88/2009 | p. 60 - 90 | Set - Out / 2009
DTR\2009\542

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Mestre em Direito pela UFSC e pela UFPE. Doutorando em Direito Tributário pela PUC-SP. Professor de Direito Financeiro e Tributário e de Direito Econômico no Centro Universitário Ciesa. Membro do Conselho Científico da ABDT e do Conselho Científico da Associação Paulista de Estudos Tributários. Procurador do Estado do Amazonas.

Área do Direito: Constitucional; Tributário

Resumo: O presente estudo versa sobre o fenômeno da intervenção do Estado no domínio econômico. São examinadas as formas pelas quais o Estado procura intervir na economia, bem como os limites a que se submete cada uma das referidas modalidades interventivas.

Palavras-chave: Estado - Intervenção - Domínio econômico

Abstract: The current work focuses on the State's intervention on the economic domain. We examined the forms by which the State intervenes in the economic domain, as well as the limits to which are subject those forms of intervention.

Keywords: State - Intervention - Economic domain

Sumário:

- 1.Serviço público e atividade econômica - 2.Conceito de intervenção estatal na economia - 3.Classificação das modalidades interventivas - 4.Conclusões

INTRODUÇÃO: ATIVIDADES DO ESTADO E ATIVIDADES DOS PARTICULARES

O estudo da atividade estatal de intervenção no domínio econômico impõe prévia distinção entre o campo das atividades privadas e o campo das atividades estatais e prévia análise de cada um dos referidos campos.

A vida social - assim considerado o conjunto de atividades desenvolvidas em uma sociedade - é formada pela união de dois setores, cujos contornos são delineados pela Constituição Federal (LGL\1988\3): o campo estatal e o campo privado.¹ Ressalte-se que é matéria constitucional a definição do espaço público e do privado, cabendo apenas residualmente ao legislador infraconstitucional excepcionar essa ordem estabelecida.²

O Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem pública expressamente lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam de modo explícito. No Brasil, por exemplo, a Constituição atribui ao poder público e exploração da navegação aérea (art. 21, XII, c, CF/1988 (LGL\1988\3)) e do serviço de correio (art. 21, X, CF/1988 (LGL\1988\3)).

Entretanto, nem todas as atividades conferidas pela Constituição ao poder público lhe são reservadas, ou seja, atribuídas a ele com exclusividade. É o caso, por exemplo, da educação e da saúde, que são deveres do Estado (arts. 196 e 205 da CF/1988 (LGL\1988\3)), mas que são livres à iniciativa privada (arts. 199 e 209 da CF/1988 (LGL\1988\3)).

O campo privado é constituído pelas atividades próprias dos particulares, as quais, por sua vez, dividem-se em duas categorias: (a) as conferidas expressamente aos indivíduos pela Constituição como um direito subjetivo; (b) as que, não tendo sido atribuídas com exclusividade ao Estado, lhes são facultadas.



Como exemplos da primeira hipótese, isto é, de atividades cujo exercício é assegurado constitucionalmente aos indivíduos como direito subjetivo, podem ser citados o exercício de trabalho, ofício ou profissão (art. 5.º, XIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)) e a exploração de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF/1988 (LGL\1988\3)).³

Exemplo em que a atividade é privada, por não haver sido reservada ao Estado, é a da assistência social aos deficientes físicos, além dos já citados casos da educação e da saúde.

Pode-se concluir, pelo exposto, que só se excluem do campo privado as atividades que, segundo a Constituição Federal (LGL\1988\3), são reservadas ao Estado, isto é, cujo exercício é a ele atribuído com exclusividade. É o caso, por exemplo, das hipóteses de monopólio da União (art. 177 da CF/1988 (LGL\1988\3)). Também é o caso dos serviços público (caput do art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3)), que, segundo o próprio Texto Constitucional, somente podem ser prestados por particulares mediante ato estatal de delegação (concessão ou permissão).

Pelo fato de o Estado ser criação do Direito, são as normas jurídicas que definem os contornos de suas atividades e, destarte, cada ordenamento jurídico é livre para decidir se o exercício de uma determinada atividade pertencerá ao Estado ou aos particulares.

É importante destacar o equívoco em que incorre o entendimento segundo o qual as atividades desenvolvidas pelo Estado são regidas pelo direito público, ao passo que as exercidas pelos particulares seriam regidas pelo direito privado. Como bem observa Carlos Ari Sundfeld, o que define a incidência de um ou outro ramo jurídico "é a atividade, não a pessoa envolvida".⁴ O direito público não é aplicável exclusivamente às relações das quais participem apenas as entidades governamentais, incidindo, de igual modo, por exemplo, nas prestações de serviços públicos por intermédio de concessionários e permissionários (caput do art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3)). Por outro lado, o direito privado não incide apenas nos vínculos entre particulares, sendo igualmente aplicável, por exemplo, às estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica (art. 173, § 1.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3)).⁵

1. Serviço público e atividade econômica

Consoante exposto no item anterior, a vida social é integrada pelo campo das atividades privadas e o campo das atividades estatais. Integram o primeiro, como visto, as atividades econômicas (art. 170, parágrafo único, da CF/1988 (LGL\1988\3)); ao segundo, pertencem, por exemplo, os serviços públicos (caput do art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Para muitos autores, é a partir da noção de "serviço público" que se separa o campo das atuações estatais do campo que concerne aos particulares, compondo este último o domínio da denominada "atividade econômica", também conhecido, simplesmente, como "domínio econômico".⁶

Apesar da dificuldade de condensar os elementos que identifiquem o conteúdo da expressão "serviço público", transcreve-se o conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello: "Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios aos sistema normativo".⁷

Logo, consoante a definição doutrinária transcrita, os serviços públicos pertencem ao setor público. Isto não significa que não possam ser prestados por particulares, mas que o titular dos serviços é o Estado (por conseguinte, fica sempre sob o regime jurídico de direito público).⁸ Não cabe, quanto a eles, a titularidade privada: o particular prestador

dos serviços públicos deterá apenas a execução material dos mesmos, a ser efetuada nos termos e condições impostos unilateralmente pela autoridade estatal delegatária do seu desempenho.

Aos serviços públicos, campo da alçada do Estado, a Constituição Federal (LGL\1988\3) contrapõe o chamado "domínio econômico", campo das atividades dos particulares, onde impera o regime da livre iniciativa (caput do art. 170 da CF/1988 (LGL\1988\3)).

É importante ressaltar que todo e qualquer serviço é suscetível de gerar proveitos econômicos - aí incluídos os públicos (art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3)), pois se não o fossem, não haveria como outorgá-los em delegação (concessão ou permissão) - e, sendo assim, não há como apartar "atividade econômica" de "serviço público", tomando como base a aptidão (ou não) para a geração de lucros.

Assim, como assevera Celso Antônio Bandeira de Mello, não há outro meio de reconhecer o que é "atividade econômica" e, conseqüentemente, o de identificar limites ao conceito de "serviço público", senão recorrendo à concepção geral da sociedade vigente em determinada época, sobre quais as atividades nela havidas como meramente econômicas, próprias então dos particulares, em oposição àquelas outras, tidas como típicas do Estado.⁹

Pelo exposto, conclui-se podermos chegar à noção de atividade econômica por eliminação das atividades exclusivas do Estado: o que não for serviço público e estiver fora das demais preocupações estatais será atividade econômica.¹⁰

2. Conceito de intervenção estatal na economia

Vimos no item anterior a distinção que separa o campo dos "serviços públicos", área de atuação estatal, do campo da chamada "atividade econômica, setor da iniciativa privada.

O domínio das atividades econômicas é regido pela idéia de livre iniciativa (caput do art. 170 da CF/1988 (LGL\1988\3)), sendo, por conseguinte, livre aos particulares e vedado, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente previstas, ao Estado, que somente poderá nele intervir em caráter excepcional.

Procurando definir a intervenção estatal na economia, assim manifesta-se Diogenes Gasparini: "pode-se conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico como todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais" (grifos no original).¹¹

O conceito formulado pelo autor citado, apesar de aparentar ser completo, tem o defeito, que será adiante explicado, de não abranger uma das modalidades de intervenção estatal na economia, a saber: à intervenção direta por participação, assim considerada a exploração pelo Estado de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada.

Preferimos, pois, conceituar a intervenção do Estado no domínio econômico como o conjunto de atividades estatais sobre o segmento econômico, que é próprio da iniciativa privada,¹² visando os fins traçados pela Constituição e utilizando-se, legítima e razoavelmente, dos instrumentos e mecanismos postos à disposição estatal pelo Texto Constitucional.¹³

Para uma melhor compreensão do tema sob análise, faz-se necessário esclarecer o significado do vocábulo "intervenção".

As expressões "intervenção" e "atuação" (ou "ação") são, à primeira vista, sinônimas e, pois, intercambiáveis, pois toda intervenção estatal é expressiva de uma atuação do Estado.¹⁴ No entanto, a recíproca não é verdadeira, pois nem toda atuação estatal pode ser considerada intervenção, na medida em que este último vocábulo expressa precisamente "atuação na esfera de outrem".¹⁵



Daí se verifica, por exemplo, que o Estado, quando presta serviço público (art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3)), não pratica ato de intervenção, pois atua, no caso, em área de sua própria titularidade. Não há que se falar em intervenção estatal no domínio próprio do Estado, em face do absoluto controle estatal sobre o referido segmento.¹⁶

Portanto, pelo exposto, o vocábulo "intervenção" é, no contexto deste estudo, mais preciso do que a expressão "atuação estatal", pois intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado, ao passo que atuação estatal expressa significado mais amplo, pois, quando não qualificada, abrange ação do Estado tanto em área de sua titularidade (campo dos serviços públicos, por exemplo) quanto na esfera do setor privado (campo da atividade econômica).¹⁷

3. Classificação das modalidades interventivas

Não há unanimidade entre os doutrinadores quanto à classificação das modalidades de intervenção do Estado no domínio econômico.

Na classificação proposta por Eros Roberto Grau, as políticas públicas econômicas¹⁸ se exprimem em três modalidades de intervenção: (a) por absorção ou participação; (b) por direção; (c) por indução.¹⁹ Na primeira, o Estado atua no processo econômico, isto é, como agente da atividade econômica, enquanto as outras duas consubstanciam atuação dele sobre o processo econômico, ressaltando a função ordenadora que o Poder Público desempenha sobre a vida econômica.²⁰

Outros autores, contudo, preferem dividir a intervenção estatal na economia em duas espécies: (a) direta, onde se destaca a atuação do Estado empresário; (b) indireta, que se realiza por meio da regulação da economia.²¹ Na lição de Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, no primeiro caso (em que o Estado assume a condição de agente da atividade econômica) a intervenção estatal se realiza de forma atípica, enquanto no segundo (regulação do mercado) se materializa em atividade típica do Poder Público.²²

Considerando que a diversidade de classificações existentes na doutrina decorre de discordâncias terminológicas entre os autores - também acontecendo de, por vezes, estes mesmo doutrinadores englobarem em uma única categoria aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados -, adota-se a que divide a intervenção do Estado na economia em direta e indireta, sendo a primeira desdobrada em intervenção por participação e por absorção e a segunda, em intervenção por direção e por indução.

Vejamos, separadamente, cada uma das referidas modalidades interventivas.

3.1 Intervenção direta

Na intervenção direta, o Estado assume o papel de agente da atividade econômica,²³ isto é, de empresário.

A intervenção estatal, nesse caso, não é como agente normativo, impondo regras de conduta à vida econômica, mas como elemento de atuação no próprio processo econômico, materializando-se com o desempenho pelo Estado (através de entidades administrativas) de atividades de natureza econômica.

A intervenção direta pode ocorrer em concorrência com a iniciativa privada ou em caráter monopolizador de determinadas atividades econômicas. No primeiro caso, temos a chamada intervenção por participação e, no segundo, a denominada intervenção por absorção.

3.1.1 Intervenção por participação

Na intervenção direta por participação, o Estado atua como agente da atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada.



Sobre tal modalidade interventiva, dispõe o caput do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), assim redigido: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

O dispositivo constitucional transcrito evidencia o caráter excepcional da intervenção direta do Estado na economia²⁴ e que, por conseguinte, a atividade econômica deve ser preferencialmente desenvolvida pelos particulares, consagrando a livre iniciativa, fundamento da Ordem Econômica nacional (caput do art. 170 da CF/1988 (LGL\1988\3)) e da República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Reforçando tal entendimento, o art. 170, parágrafo único, da CF/1988 (LGL\1988\3) diz ser livre o exercício "de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei" (grifamos).²⁵

A liberdade econômica, no entanto, não é absoluta, como enfatiza André de Laubadère: "O princípio da liberdade de comércio e indústria garante aos particulares a faculdade de exercer as actividades correspondentes a essas noções mas deixa à autoridade pública, como para todas as liberdades, o poder de submeter este exercício a limitações."²⁶

Assim, embora a atividade econômica seja tipicamente privada, permite o art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) que o Estado, em situações especiais, intervenha no domínio econômico. Na redação do referido dispositivo constitucional, encontra André Ramos Tavares a consagração do princípio da subsidiariedade, "na medida em que a exploração de atividade econômica pelo Estado é considerada uma exceção à regra geral".²⁷

Antes de prosseguirmos a análise do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), faz-se necessário interpretar o disposto na primeira parte do dispositivo constitucional em questão, assim redigida: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição (...)."

Entendemos que a expressão em questão refere-se às hipóteses de exploração de atividade econômica em regime de monopólio, que estão expressamente prevista no Texto Constitucional (art. 177 da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Assim, a interpretação do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) seria a seguinte: ressalvados os casos de monopólio (que, como dito, encontram-se expressamente indicados na Constituição), a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será admitida quando justificada pela segurança nacional ou por relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.²⁸

Dito de outro modo, tais fundamentos - segurança nacional e interesse coletivo - somente legitimam a intervenção direta por participação, assim entendida a exploração pelo Estado de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, posto que, quanto às hipóteses de monopólio, as mesmas já estão expressamente enumeradas na Constituição, prescindindo-se, pois, da demonstração de qualquer dos requisitos do art. 173. Sobre tal questão voltaremos a debruçar nossas atenções no item seguinte, quando, então, será analisada a intervenção estatal por absorção.

Esclarecido o significado da primeira parte do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), tem-se, pelo exposto, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado em concorrência com a iniciativa privada só será admitida quando justificada pela segurança nacional (por exemplo, fabricação de armamentos, essenciais à defesa nacional) ou por relevante interesse coletivo (por exemplo, fabricação de remédios para combater epidemias).

O primeiro pressuposto ("segurança nacional") é de ordem política e visa proteger um interesse ligado à soberania,²⁹ ao passo que o segundo ("relevante interesse coletivo") é de ordem técnica. A atuação do Estado, no segundo caso, é no sentido de suprir certas disfunções na mecânica operacional do mercado, que o impedem de operar a

conteúdo.³⁰

Somente nessas hipóteses - que, consoante o Texto Constitucional, deverão ser identificadas por lei - é que cabe ao Estado assumir a forma empresarial e ocupar um espaço que, segundo a Constituição, compete à iniciativa privada.

É importante observar que a exploração estatal de atividade econômica em regime de concorrência (intervenção direta por participação) tem de sujeitar-se ao que Manuel Afonso Vaz denomina de "princípio de conformidade com o mercado", que obriga o Estado a respeitar as regras de concorrência e condena os comportamentos anticoncorrenciais.³¹ Com efeito, se o Estado tem o dever de reprimir os abusos do poder econômico (art. 173, § 4.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), também ele deve, ao explorar determinada atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, abster-se de práticas caracterizadoras de concorrência desleal. Esta, aliás, pode ter sido a razão que levou o Constituinte a incluir no art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) - que trata da intervenção direta do Estado da economia - a norma constante do § 4.º - que, indiscutivelmente, cuida de modalidade de intervenção estatal indireta:³² esclarecer que o Estado-empresário também se sujeita às reprimendas do Estado regulador da economia.³³

As formas empresariais que o Estado pode assumir, para fins de intervenção direta na economia, são aquelas indicadas no § 1.º do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), a saber: empresa pública e sociedade de economia mista. Tais entidades encontram-se definidas, no plano infraconstitucional, no Dec.-lei 200, de 25.02.1967 (art. 5.º, incs. II e III).³⁴

A leitura do § 1.º do art. 173 conduz ao entendimento de que as demais entidades estatais (autarquias e fundações públicas) não podem atuar no campo econômico, mas apenas na prestação de serviços públicos.³⁵

De acordo com o Texto Constitucional, o Estado, ao explorar atividade econômica, sujeita-se ao regime jurídico aplicável aos empreendimentos privados, inclusive quanto aos aspectos tributários e trabalhistas (art. 173, § 1.º, II, CF/1988 (LGL\1988\3)). A razão de tal comando é que, num Estado de Direito, não seria justo que o poder público, exercendo uma atividade concorrente com a do setor privado, pudesse se valer de privilégios decorrentes de sua posição para obter melhores resultados, gerando uma verdadeira "concorrência desleal" com os empresários particulares.³⁶

Duas observações, contudo, merecem ser feitas relativamente à regra constitucional exposta, segundo a qual as entidades estatais exploradores de atividade econômica sujeitam-se ao regime de direito privado.

Ressalte-se, primeiramente, que tal comando somente se aplica à intervenção direta por participação, e não à intervenção direta por absorção, assim compreendida a exploração estatal de uma determinada atividade econômica em regime de monopólio. As razões que servem de fundamento para tal afirmação serão adiante expostas.

Em segundo lugar, deve ser salientado que a disposição do art. 173, § 1.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3) não pode ser entendida em termos absolutos, isto é, de modo literal, pois como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello, "se é fato que as entidades em causa se submetem basicamente ao Direito Privado, não menos verdade é que sofrem o influxo de princípios e normas publicísticos, a começar por uma série deles radicados na própria Constituição" (grifos no original).³⁷

Com efeito, mesmo as estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) que explorem atividade econômica estão submetidas às regras constitucionais que exigem a realização de concurso para a investidura em cargos e empregos públicos (art. 37, II, da CF/1988 (LGL\1988\3)) e de licitação pública, nos casos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI, CF/1988 (LGL\1988\3) c/c art. 173, § 1.º, III, da CF/1988

(LGL\1988\3)).

Conclui-se, pois, pelo exposto, que o comando do art. 173, § 1.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3) é, na verdade, voltado ao legislador infraconstitucional: não pode este estabelecer distinções entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as empresas particulares além daquelas que já se encontram dispostas no próprio Texto Constitucional.³⁸

3.1.2 Intervenção por absorção

A intervenção direta por absorção ocorre quando o Estado assume o controle de determinada atividade econômica, excluindo a participação da iniciativa privada no referido segmento.

Dito de outro modo, tal modalidade interventiva se caracteriza pelo fato de o Estado desempenhar uma dada atividade econômica em caráter de exclusividade, isto é, sem concorrer com os particulares. No monopólio - palavra originada da Grécia: monus (só) e poelin (vender) ³⁹ - é suprimida uma atividade do regime da livre iniciativa, abolindo-se, de igual modo, a livre concorrência.

Enquanto a formação de monopólio privado não é estimulada, já que tem por fim o interesse privado - e o próprio Texto Constitucional repudia o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados e a eliminação da concorrência (art. 173, § 4.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) ⁴⁰ -, o monopólio estatal é admitido constitucionalmente já que tem por objetivo a proteção do interesse público.⁴¹

As Constituições que antecederam a de 1988 (com exceção da de 1937) já admitiam, de modo expresso, a intervenção por absorção de determinadas atividades econômicas, mas não esclareciam, contudo, quais os segmentos que admitiam o monopólio estatal: cabia, então, ao legislador infraconstitucional definir os campos em que se daria o monopólio público.⁴²

Na Carta vigente, o próprio Constituinte já elencou os setores que, devido à sua relevância, não admitem a participação da iniciativa privada. Dispõe, a respeito, o artigo 177 da CF/1988 (LGL\1988\3):⁴³

"Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de 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;

V - 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 cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal (LGL\1988\3).

§ 1.º. A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei."

Ressalte-se que a exploração, pela União, das atividades arroladas no dispositivo



constitucional transcrito, em regime de monopólio, prescinde da fundamentação em algum dos motivos citados no art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), a saber: a segurança nacional ou um relevante interesse coletivo.

Isto porque, nos casos de intervenção por absorção, o fundamento imediato para a exploração da atividade em regime de monopólio é o próprio Texto Constitucional. Dito de outro modo, não há porque demonstrar a existência de motivo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, tendo em vista que as razões que legitimam a exploração estatal de determinada atividade em regime de exclusividade já foram levadas em consideração pelo constituinte, que, entendendo estarem as mesmas presentes, autorizou de modo expresso o monopólio quanto a determinados segmentos.⁴⁴

No caso da intervenção por absorção (monopólios), a autorização específica para a exploração estatal da atividade econômica já consta da própria Constituição, diferentemente do que se dá na intervenção por participação, relativamente à qual no Texto Constitucional somente consta autorização genérica (caput do art. 173 do CF/1988 (LGL\1988\3)), devendo ser complementada pela autorização legislativa específica constante da lei que, nos termos do dispositivo constitucional em questão, definirá o significado de "segurança nacional" e "relevante interesse coletivo".

Com a promulgação da EC 9/1995, que deu nova redação ao § 1.º do art. 177, manteve-se a União como proprietária das reservas de petróleo e a exploração do petróleo como seu monopólio, porém permite-se que outras empresas, estatais ou não estatais, façam a exploração mediante contrato com a União.

Em razão da alteração constitucional descrita, alguns autores passaram a denominar o monopólio estatal em questão de "monopólio relativo".⁴⁵ O governo, por seu turno, como noticia Américo Luiz Martins da Silva, prefere chamar a medida de "flexibilização do monopólio", pois a União manterá o controle do setor, a Petrobrás continuará numa posição extremamente privilegiada, mas permitirá a participação de empresas privadas.⁴⁶

Relativamente à intervenção estatal direta por absorção, dois são os pontos mais polêmicos. O primeiro questionamento diz respeito à possibilidade (ou não) de serem instituídos outros monopólios além daqueles que constam no próprio Texto Constitucional.

Os que defendem a constitucionalidade da instituição de monopólios pelo legislador infraconstitucional, sustentam que o art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), ao permitir a exploração direta de atividade econômica pelo Estado por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, não teria restringido tal possibilidade à exploração em regime de competição (intervenção por participação), mas também à exploração em regime de exclusividade (intervenção por absorção).⁴⁷

Nesse sentido é a lição de Tadeu Rabelo Pereira, que assevera:

"(...) não há como extrair do texto constitucional uma vedação à criação eventual de monopólios em favor do Poder Público.

Com efeito, é inegável que o art. 173 trata genericamente da 'exploração direta de atividade econômica pelo Estado', sem discriminar ou restringir, ao menos a princípio, a forma pela qual pode se dar esta modalidade de intervenção.

Em outros termos, utilizando a classificação proposta por Eros Grau, dúvida não há de que o conteúdo isolado do dispositivo em exame abrange tanto a intervenção por participação quanto aquela por absorção, eliminando a atual Constituição a distinção que os outros textos anteriores faziam entre estas duas modalidades de atuação do Estado na economia. Tanto assim que o art. 173 ressalva os casos de exploração de atividade econômica previstos na própria Constituição, que são, como reconhece a doutrina,



aqueles dos monopólios constitucionais."⁴⁸

No mesmo sentido é o pensar de Alexandre Walmott Borges, para quem o caput do art. 173 autoriza o Estado a intervir diretamente na economia não só em regime de competição, mas também em regime de monopólio. São seus os seguintes dizeres:

"A disciplina dos monopólios do art. 177 da CF/1988 (LGL\1988\3) não exclui a definição, por lei, doutros monopólios - positio unius nos est exclusio alterius. O art. 173 fala em exploração direta de atividade econômica quando imperiosa aos interesses coletivos e à segurança nacional. Configurada qualquer das situações (uma isoladamente, sem necessidade de apresentação das duas), pode ser instituído monopólio de setor do domínio econômico. A inclusão do monopólio do art. 177 dá maior relevo às duas atividades (petróleo e nucleares): presença no corpo da Constituição (levando a matéria à posição de rigidez da Constituição) e definição de setores-chave da economia. Outros monopólios poderão surgir, atendendo às necessidades de política econômica da ordem normativa constitucional.

(...)

Quanto à Constituição, no caput do art. 173, coloca 'Ressalvados os casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado (...)' está mencionando tanto as hipóteses de exploração em regime de monopólio como em regime de competição. Lícito, portanto, explorar, quando configurado o interesse coletivo ou a segurança nacional, nos dois regimes" (grifos no original).⁴⁹

Concordamos com os autores citados de que a mera leitura do caput do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) não exclui a possibilidade de criação de monopólios, tendo em vista que o mesmo refere-se, genericamente, à exploração direta de atividade econômica pelo Estado - que engloba, como é sabido, a exploração monopolística -, e não, especificamente, à exploração em regime de concorrência.

A razão, no entanto, que nos leva a entender ser inadmissível a instituição de outros monopólios, diversos daqueles que constam expressamente do Texto Constitucional, é a idéia de livre iniciativa, que, enquanto fundamento da ordem econômica brasileira (caput do art. 170 da CF/1988 (LGL\1988\3)) e fundamento da própria República Federativa do Brasil (art. 1.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3)), pode ser traduzida, em linhas gerais, no direito que todos têm de se lançarem ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco.⁵⁰

Ora, se partirmos do pressuposto que a livre iniciativa (art. 170, caput e parágrafo único, da CF/1988 (LGL\1988\3)) tem como protagonista o indivíduo⁵¹ e que corresponde, no plano econômico, à liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art. 5.º, XIII, da CF/1988 (LGL\1988\3)), restará indubitado tratar-se de um direito individual fundamental⁵² e, como tal, cláusula pétrea (art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3)). Destarte, não se pode admitir proposta de emenda constitucional tendente a abolir tal direito.

Assim, considerando-se que sequer uma emenda constitucional poderá instituir novos monopólios - posto que isto representaria afronta a direito individual e, pois, ao art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3) -, muito menos o legislador infraconstitucional poderá utilizar o caput do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) como fundamento para instituição de novos monopólios.⁵³

Nesse sentido é a lição de José Afonso da Silva, que, analisando o art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), delimita a abrangência do citado dispositivo:

"Declara-se a possibilidade de exploração direta de atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (art. 173). Parece-nos que aí não entra o monopólio, que é reservado só para as hipóteses estritamente indicadas no art. 177 (...)" (grifamos).⁵⁴

No mesmo sentido é a percepção de André Ramos Tavares, que assim expõe o seu pensar.

"Na declaração da possibilidade de exploração direta de atividade econômica pelo Estado, constante do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), não está compreendida qualquer exploração em regime de monopólio.

(...)

A Constituição, ao considerar principiológica a liberdade de iniciativa, vedou, automaticamente, ao Estado a assunção exclusiva de qualquer atividade econômica, vale dizer, seja por via legislativa, executiva, ou judiciária, é vedado ao Estado afastar a iniciativa (ampla) particular da exploração de algum dos segmentos econômicos existentes. Evidentemente, esta proibição, que se pode considerar como expressa (e não meramente implícita), sofre as ressalvas, como observado, quando, eventualmente, a Constituição as tenha incorporado, originariamente, ao seu texto".⁵⁵

Portanto, como a vigente Constituição privilegia a iniciativa privada e a livre concorrência na exploração de atividade econômica, o monopólio estatal só é permitido nas hipóteses constitucionalmente enumeradas, não podendo o legislador infraconstitucional criar outros monopólios,⁵⁶ concluindo-se, destarte, que o caput do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) tem aplicação restrita aos casos de intervenção direta por participação.⁵⁷

O segundo questionamento acerca da intervenção direta por absorção diz respeito à aplicabilidade (ou não), em relação a ela, do disposto no art. 173, § 1.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3), segundo o qual o regime das empresas estatais exploradoras de atividade econômica é o mesmo das empresas privadas. Dito de outro modo, o que se pretende definir é se as estatais exploradoras de atividade econômica em regime de monopólio devem (ou não) submeter-se necessariamente ao regime de direito privado.

A Constituição de 1967, tanto em sua redação original como naquela determinada pela EC 1/1969, impunha tal tratamento paritário apenas às estatais que explorassem atividade não monopolizada (art. 163, § 3.º),⁵⁸ excluindo, pois, de tal sistemática as estatais que explorassem atividades monopolizadas.

A atual Constituição, no entanto, não fez tal ressalva (art. 173, § 1.º, II, e § 2.º). Entretanto, há que se entender, numa interpretação teleológica, que tais dispositivos foram elaborados visando evitar uma verdadeira "concorrência desleal" entre o Estado e os empresários particulares, situação que se afigura impossível de ocorrer no caso dos monopólios, pela própria inexistência de concorrência. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Há de se entender que tal impedimento não ocorrerá fora de sua razão de ser, ou seja, quando não esteja em causa o tema de uma eventual 'concorrência desleal' com a iniciativa privada; quer-se dizer: o impedimento em questão não existirá no caso de atividades monopolizadas" (grifos no original).⁵⁹

Partilhando do mesmo pensar, Lafayette Josué Petter assevera:

"Explorando atividade econômica em sentido estrito e atuando em regime de monopólio, essas empresas não se submetem ao estatuto de que trata o § 1.º do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3), uma vez que tal disciplina tem como objetivo conferir um tratamento similar entre as empresas estatais que exploram atividade econômica em sentido estrito e as demais empresas privadas, assegurando ou tentando assegurar igualdade de competitividade entre elas.

Por isso, caso a empresa pública ou a sociedade de economia mista explore uma atividade econômica em sentido estrito, mas faça em regime de monopólio, a mesma não se encontra equiparada às empresas privadas" (grifamos).⁶⁰

Na mesma trilha segue o STF. Com efeito, o plenário do STF, embora não tenha conhecido o recurso, reconheceu que:

"A norma do art. 173, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3) 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", pois o preceito, que se completa com o do § 2.º, "visa a assegurar a livre concorrência, de modo que as entidades públicas que exercem ou venham a exercer atividade econômica não se beneficiem de tratamento privilegiado em relação a entidades privadas que se dediquem à atividade econômica na mesma área ou em área semelhante" (STF, RE 172.816, Pleno, RDA 195/197 e RTJ 153/337).

Portanto, tendo em vista que as disposições do art. 173, § 1.º, II e § 2.º, da CF/1988 (LGL\1988\3) visam evitar que o Estado seja um concorrente privilegiado na disputa pelo mercado com os empresários particulares, o que inexistia no caso de monopólio (já que o Estado é, na hipótese, o único a explorar a atividade econômica de que se trate), conclui-se que as normas constitucionais anteriormente referidas somente se aplicam à intervenção direta por participação, e não à intervenção direta por absorção.⁶¹

3.2 Intervenção indireta

A intervenção indireta ocorre quando o Estado adota medidas de caráter fiscalizador ou de estímulo/desestímulo relativamente às atividades desenvolvidas pelas empresas privadas ou mesmo públicas.⁶²

A intervenção estatal, nesse caso, não se dá como agente econômico, mas como agente normativo e regulador da atividade econômica, impondo regras de conduta à vida econômica. O Estado, na intervenção indireta, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, visando orientar tais comportamentos em direções socialmente desejáveis.⁶³

No Direito brasileiro, a intervenção indireta do Estado no domínio econômico encontra previsão genérica no caput do art. 174 da CF/1988 (LGL\1988\3), assim redigido: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado".

Também o § 4.º do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) regula a intervenção indireta do Estado no domínio econômico, assim estando redigido: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros".⁶⁴

A intervenção indireta do Estado no domínio econômico divide-se em intervenção por direção ou por indução, conforme haja ou não coercibilidade nas regras de conduta impostas pelo Estado.

3.2.1 Intervenção por direção

A intervenção indireta por direção ocorre quando o Estado passa a exercer pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica.

Caracteriza-se, portanto, a referida modalidade interventiva pela imposição de normas cogentes para os agentes econômicos. Nesse caso, o descumprimento das normas impostas pelo Estado acarretará uma sanção jurídica.⁶⁵

O fundamento da intervenção por direção é o fato da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/1988 (LGL\1988\3)) não ser a "faculdade de cada um fazer o que quiser", consoante leciona Raimundo Bezerra Falcão, pois "o empresário pode e deve ser livre, desde que seja capaz de utilizar essa liberdade no proveito social (...)" (grifamos).⁶⁶

Temos como exemplos dessa modalidade de intervenção indireta os institutos da "repressão ao abuso do poder econômico", do "controle do abastecimento" e do "tabelamento de preços".

A repressão ao abuso do poder econômico encontra fundamento constitucional no § 4.º do art. 173 da vigente Carta, segundo o qual o Estado pode atuar como agente regulador da atividade econômica, impondo regras de conduta visando evitar a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento abusivo de lucros. Tal modalidade interventiva está atualmente disciplinada pela Lei 8.884, de 11.06.1994, que, em verdade, não cuida apenas da repressão às condutas anticoncorrenciais (o que faz em seus arts. 15 a 53), mas também regula o chamado "controle de atos e contratos" (doutrinariamente conhecido como "controle de estruturas"), procedimento preventivo que visa evitar a ocorrência de situações tendentes a produzir os efeitos descritos no § 4.º do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) (dominação do mercado, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros).

O controle do abastecimento é procedimento que visa assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo e uso do povo, estando atualmente disciplinado pela Lei Delegada 4, de 26.09.1962. Por este controle, como observa Gasparini, "mantêm-se no mercado consumidor bens e serviços em quantidade necessária ao seu consumo e a preços compatíveis".⁶⁷

O tabelamento ou controle de preços consiste na fixação de preços máximos e/ou mínimos em relação a determinado produto ou serviço.⁶⁸ O tabelamento por preços máximos tem fundamento no art. 170, V, CF/1988 (LGL\1988\3) (segundo o qual a defesa do consumidor é princípio da ordem econômica) e no art. 173, § 4.º, CF/1988 (LGL\1988\3) (quando prega a repressão ao abuso do poder econômico que vise aumento arbitrário de lucros), ao passo que o tabelamento por preços mínimos encontra respaldo no § 4.º do art. 173 da CF/1988 (LGL\1988\3) (quando repudia o abuso do poder econômico que vise a dominação dos mercados e a eliminação da concorrência).⁶⁹

3.2.2 Intervenção por indução

A intervenção indireta por indução se dá através de atividades estatais indutoras de comportamento. Dito de outro modo, materializa-se tal modalidade interventiva quando o Estado edita normas destituídas de compulsoriedade através das quais impulsiona medidas de fomento ou de dissuasão, estimulando (incentivando) determinadas atividades econômicas ou desestimulando (coibindo) outras.⁷⁰

Ao destinatário das normas indutoras resta aberta a alternativa de não se deixar por elas seduzir, deixando de aderir às prescrições nelas veiculadas.⁷¹

O aspecto voluntário é, pois, a nota peculiar da intervenção por indução, que a distingue da intervenção por direção: enquanto esta caracteriza-se pela restrição coercitiva da liberdade individual, aquela deixa os indivíduos livres para aderir ou não aos propósitos estatais, independentemente de qualquer ação coercitiva.⁷² Por ser destituída de caráter coativo, não há, na intervenção por indução, sanção jurídica pela não adoção do comportamento pretendido pelo Estado.⁷³

Quando se afirma que na intervenção por indução não há sanção jurídica, o que se pretende dizer é que inexiste, em tal modalidade interventiva, a chamada sanção punitiva, porquanto a denominada sanção premial não apenas está presente, como é um dos principais instrumentos da citada modalidade interventiva, consoante leciona Rogério Emílio de Andrade:

"As intervenções indiretas assumem na atualidade crescente importância, principalmente com a utilização de técnicas de sanções premiais, em que o direito é utilizado não apenas para limitar o poder político ou regulamentar as liberdades individuais, mas sim



como instrumento de políticas públicas, conformando a realidade ao induzir comportamentos. (...) Em lugar de um direito que prescreve, temos um direito que confere competências, subsídios, prêmios, poderes, fazendo com que o particular voluntariamente se submeta aos planos governamentais. (...) Por meio de sanções premiais, que induzem determinados comportamentos premiados por isso, consegue-se, em grande parte, orientar as condutas necessárias à consecução dos objetivos políticos, ao mesmo tempo em que se afasta o risco de macular a intangibilidade das garantias e liberdades individuais (...)" (grifamos).⁷⁴

A intervenção por indução materializa-se, basicamente, com o manejo dos tributos extrafiscais, que podem ser definidos como aqueles utilizados pelo Estado sem o fim precípuo de obter recursos para seu erário, mas com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais.⁷⁵

Extrafiscal, em nossa concepção, não é o tributo cujo produto de sua arrecadação seja destinado a custear as atividades do Estado de intervenção no domínio econômico, mas aquele que se apresenta, ele próprio (não a sua receita), como instrumento da intervenção estatal.

É o caso, por exemplo, da redução do imposto de exportação pelo Poder Executivo (art. 153, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)), com o fim de estimular as operações que destinem ao exterior determinada categoria de produtos, ou da cobrança progressiva do IPTU, com o fim de desestimular a manutenção de propriedades urbanas não edificadas, subutilizadas ou não utilizadas (art. 182, § 4.º, II, da CF/1988 (LGL\1988\3)).

Também o imposto sobre produtos industrializados (IPI), apesar de sua expressividade como fonte de obtenção de receitas, possui características tipicamente extrafiscais, sendo, por imposição constitucional, seletivo em função da essencialidade do produto (art. 153, § 3.º, I, da CF/1988 (LGL\1988\3)). O ICMS também admite a utilização da técnica da seletividade de alíquotas, diferenciando-se, no entanto, do IPI, pelo fato de a adoção da referida técnica apresentar-se, para o imposto estadual, como mera faculdade (art. 155, § 2.º, III, da CF/1988 (LGL\1988\3)). A seletividade, como bem observa Maria Alessandra Brasileiro de Oliveira, "é um salutar mecanismo de viabilização de uma política extrafiscal, prestando-se principalmente, para a realização do princípio da capacidade contributiva" (grifos no original).⁷⁶

Como se vê, o interesse que se manifesta com a extrafiscalidade é o da correção de situações sociais e econômicas anômalas, mediante a realização de outros valores (sociais, políticos ou econômicos) constitucionalmente assegurados, que prevalecem sobre finalidades meramente arrecadatórias de recursos monetários.⁷⁷ Dito de outro modo, a função arrecadatória, no caso dos tributos extrafiscais, fica relegada a um plano secundário.⁷⁸

Assim, enquanto os tributos com caráter fiscal são um instrumento indireto (ou de segundo grau) em relação aos fins do Estado (pois se apresentam apenas como meio de obtenção de receitas para cobrir os gastos públicos e estes, por sua vez, é que satisfazem às necessidades públicas), os tributos com caráter extrafiscal servem, eles próprios, para atingir a finalidade imediata do Estado, aparecendo, pois, como um instrumento direto (ou de primeiro grau) para a consecução dos fins públicos.⁷⁹

Como bem observa Alfredo Augusto Becker, no tributo extrafiscal "proibitivo" (ou desestimulador), o que o Estado deseja não é a percepção do tributo, "mas sim aquele específico reflexo econômico-social que resulta da circunstância dos indivíduos evitarem ou se absterem de realizar a hipótese de incidência do tributo 'proibitivo'" (grifos no original).⁸⁰

Assim, por exemplo, no caso da majoração do imposto de importação pelo Poder Executivo (art. 153, § 1.º, da CF/1988 (LGL\1988\3)) com o fim de desencorajar a aquisição, por residentes no país, de bens importados, a percepção do tributo contraria o objetivo estatal, pois aquilo que o Estado realmente deseja é proteger à indústria



nacional.

4. Conclusões

A postura abstencionista do Estado Liberal - que emergiu da decadência do regime econômico mercantilista e do surgimento da burguesia, com a Revolução Francesa (1789) - mostrou-se inadequada à solução dos problemas reais da sociedade, porquanto de tal comportamento estatal decorreu um contraste chocante, já que fortunas imensas se acumularam nas mãos dos dirigentes do poder econômico, tendo se acentuado ainda mais os desníveis sociais.

Daí decorre a legitimidade da intervenção estatal na economia, pois tal atuação considera que os indivíduos são natural, social e economicamente desiguais e que necessitam, por conseguinte, um tratamento desigual, na justa medida de suas desigualdades, que possibilite a redução destas no plano jurídico.

A atividade estatal interventiva, contudo, deve ser exercida com respeito aos princípios e fundamentos da ordem econômica, consoante já definiu o STJ (REsp 926140/DF, 1.^a T., j. 01.04.2008, rel. Min. Luiz Fux, DJe 12.05.2008). Em verdade, toda e qualquer intervenção do Estado na ordem econômica, como bem observa Lucia Valle Figueiredo, "justifica-se se e na medida da consagração dos valores assinalados no texto constitucional e pertinentes, sobretudo, à ordem econômica" (grifos no original).⁸¹ A intervenção estatal será, pois, legítima ou ilegítima, dependendo do respeito ou desrespeito às balizas constitucionais.