O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO*

1. O Estado e a atividade econômica. 2. Ordem econômica na Constituição brasileira. 3. Pressupostos da intervenção do Estado no domínio econômico. 4. Princípios constitucionais. 5. Síntese.

1. Em tese, três são as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica: a) *disciplinando-a,* vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos (poder de polícia); b) *fomentando-a,* isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos etc.; c) *assumindo-a,* ou seja, protagonizando-a como *sujeito ativo,* como titular dela, ou seja, o agente que a explora.

2. Conquanto possa ocorrer — e ocorra —, num mesmo Estado, uso concomitante dessas distintas formas de interferência, o certo é que as duas primeiras — disciplina e fomento — são, por excelência, as modalidades características dos regimes políticos assentados sobre os postulados da propriedade privada e da livre iniciativa. De revés, a última modalidade — sujeição ativa da economia — é expressiva dos regimes embasados no princípio do coletivismo econômico encarnado no Estado.

Os Estados que se estruturam ao redor das idéias prestigiadoras da livre iniciativa e da propriedade privada contemplam os casos de protagonização estatal ativa da economia como *instrumento ancilar,* destinado tão só a estimular a vitalidade econômica ou, então, a evitar que a livre ação dos particulares nesta esfera converta-se em fonte de malefícios para o todo social. Contrariamente, os Estados que se estruturam em torno do coletivismo econômico encarnado no Poder Público admitem a propriedade privada no circuito da geração e distribuição dos bens, sob disciplina e eventual fomento, como forma secun-

* Professor titular na PUC/SP.

dária, apenas tolerada, na medida em que possa concorrer para ancilar integração da atividade estatal.

3. Em suma: ambos os sistemas valem-se ou podem valer-se das formas que lhes são, em tese, opostas, precisamente enquanto estas servem para coadjuvar os postulados básicos que adotam. Aceitam-nas, pois, *se, enquanto* e *na medida* em que concorrem para o equilíbrio da forma típica que elegeram para a condução da esfera econômica. Coincidem em que as vias tidas como secundárias são admitidas tão só quando e enquanto colaboram para prestigiar e fortalecer a via principal.

Este aspecto, que se vem de frisar, é sobreposse relevante, pois coloca em realce o ponto nodular de cada sistema. Ou bem a ordem jurídica que conforma o sistema político-econômico estriba-se na livre iniciativa — e, neste caso, a sujeição ativa do Estado na esfera econômica é aceita enquanto concorre para a preservação e aperfeiçoamento deste modelo — ou dita ordem jurídica professa o coletivismo como solução econômica ideal — hipótese em que a livre iniciativa é admitida enquanto colabora para completar e aprimorar tal modelo.

4. Segue-se que cada um destes antinômicos modelos rejeita, por definição, como incompatível com ele, o uso da forma secundária de interferência quando, ao invés de concorrer para o fortalecimento de sua forma típica, concorra para debilitá-la ou para corroer-lhe as bases. Esta assertiva, conquanto óbvia e conquanto derivada das anteriores e também óbvias asserções, é de capital importância para o exame da legitimidade dos atos estatais interferentes neste setor.

5. Deveras, a opção básica por um ou outro regime é estabelecida em nível constitucional. É na Carta Máxima que se encontra definido se o Estado é o protagonista, o ator principal no cenário econômico ou se é mero coadjuvante neste palco, assistindo-lhe, paralelamente, a importantíssima função de diretor do espetáculo, graças ao poder de traçar as pautas e imprimir as tendências de sua apresentação (poder de polícia).

Assim, dependendo de cada Constituição, e ao lume de suas diretivas, caberá concluir pela legitimidade ou ilegitimidade dos comportamentos estatais, quer sejam eles normativamente estabelecidos, quer sejam produzidos em concreto, *sub color* de cumprir as normas pertinentes. Se afinados com o texto constitucional e harmônicos com seus vetores são válidos; se divorciados de seus comandos e assintônicos com sua direção há que considerá-los inválidos.

Da ordem econômica na Carta brasileira

6. A Carta Constitucional do Brasil tem diretrizes bastante claras a respeito.

O Diploma Fundamental consagrou um regime que é, sem dúvida alguma, altamente prestigiador da iniciativa privada e no qual se defere ao Estado parti-

cipação apenas supletiva na esfera econômica, ressalvados os casos de segurança nacional e aqueles em que dado setor não possa ser desenvolvido com eficácia mediante competição e liberdade de iniciativa. Afora estas hipóteses de protagonização da atividade econômica, assiste ao Estado disciplinar dita atividade, sobretudo em vista de objetivos sociais.

7. Estas assertivas e o alcance delas, com as implicações subseqüentes — a serem, em seguida, explanadas — alicerçam-se nos arts. 170 e parágrafos, 163 e 160 da Lei Maior.

Dispõe o art. 170:

"As empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1.° Somente em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

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

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

O preceptivo em pauta é feraz em subsídios para compreender-se o espírito que anima toda a perspectiva constitucional relativa ao tema.

8. De logo, na cabeça do art. 170 encontram-se dois comandos, quais: a) compete preferencialmente às empresas privadas tanto a organização, quanto a exploração das atividades econômicas; b) é dever do Estado prestar às empresas privadas estímulo e apoio para que organizem e explorem as atividades econômicas.

Examinaremos separadamente cada um destes cânones que estão conjugados no preceptivo em apreço.

9. a) O primeiro deles atribui preferência às empresas privadas quer para a organização, quer para a exploração das atividades econômicas. Realça-se, pois, que esta preferência atina ao conjunto das atividades econômicas, tanto porque o Texto Constitucional usa a expressão *das atividades* (e não da atividade), quanto pelo fato de haver referido destacadamente *organização* e *exploração.* Mesmo o intérprete despreocupado com a literalidade do dispositivo terá necessariamente sua atenção atraída para estas circunstâncias, ambas reveladoras de que o todo econômico é considerado seara pertinente à livre iniciativa.

10. Mas, em que consiste esta *preferência* a que alude o diploma constitucional? Qual o alcance desta voz?

Como primeira e evidente conclusão ressuma que fixou-se a título de regra, à conta de princípio, em guisa de regime básico, a senhoria das empresas privadas na matéria. Pois se alguém tem preferência é porque outrem, dela excluído, só pode comparecer ante omissão ou ausência dos preferidos.

Em suma: a atuação dos particulares nesta esfera é a regra e a presença participante do Estado, neste campo, é a exceção. E exceção do ponto de vista lógico, mais do que do ponto de vista quantitativo, pois não se trata de partilhar o setor em fatias distribuídas a cada qual; o do que se trata é preferir um a outro, se ambos quiserem disputar este objeto.

11. De conseguinte, o Texto Magno, com boas ou más razões — que esta questão não se põe senão *de lege ferenda* — optou por erigir as empresas privadas em titulares neste campo. De conseguinte, o regime normativo superior prestigiou sua presença neste domínio e, em princípio, infirmou a presença estatal, salvo quando liberada, seja pela exaustão da preferência outorgada à livre iniciativa, seja por outros preceptivos, como adiante melhor se verá.

12. Demais disso, a exegese da expressão *preferencialmente* confirma-se e ganha conteúdo mais nítido ao ser contrastado o versículo que a contempla com o dispositivo que, no mesmo artigo, cogita da presença estatal na exploração econômica (§ 1.º do art. 170).

É que o § 1.º do art. 170 esclarece cabível participação estatal *apenas* em caráter suplementar da iniciativa privada. Este advérbio (*apenas*), de teor manifestamente restritivo, salienta o alcance atribuível à cabeça do artigo e contribui para conotar a palavra *preferencialmente*, dantes utilizada no setor. Isto é, a conjugação do *caput* do art. 170, com seu § 1.º, revela, a toda evidência, que a atividade econômica é atividade própria dos particulares, e que para ingressar nesta esfera o Estado depende de uma carência ou insuficiência das empresas privadas no setor. Ou seja: o Estado poderá acorrer, afluir, a este campo, mas tão só para preencher lacunas, isto é, para supri-las, seja em face de carência total, seja por insuficiente provimento dele pelas empresas privadas.

13. Consideremos, agora, o segundo mandamento, embutido no art. 170:

b) É dever do Estado prestar estímulo e apoio à ação das empresas privadas na organização e exploração das atividades econômicas.

Este comando ("às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado...") autoriza e até impõe ao intérprete, antes de mais, uma conclusão negativa; a saber: O Estado não pode *desestimular, desapoiar* ditas empresas. Em termos singelos: É vedado ao Estado atrapalhar-lhes a ocupação do setor econômico. É defeso ao Estado embaraçar-lhes o desempenho de atividades legítimas. É interdito ao Estado estivar-lhes o desenvolvimento e o progresso.

14. Acima de tudo, é meridianamente óbvio que o poder público não pode, salvo violando a Carta Constitucional, inibir, mediante concorrência comercial, suas possibilidades de estabilizarem-se e expandirem-se neste setor. Muito menos poderá induzi-las a retrair-se da esfera econômica por força de uma disputa pelo mercado que lhes sugue as fontes de mantença e crescimento. Menos ainda poderá arrebanhar para si clientes, contratos, negócios, operações econômicas,

numa competição em prol de fatias do mercado, desalojando ou deprimindo as possibilidades de empresas que operem no setor. Como é claro a todas as luzes, isto não seria atuação *suplementar,* nem seria cumprir o dever de estimular e apoiar os que têm a garantia constitucional tanto deste respaldo, quanto da preferência para organizar e explorar as atividades econômicas.

15. Assim, independentemente do conteúdo positivo da regra *sub examine,* que impõe ao Estado apoiar e estimular a atuação das empresas privadas neste mister econômico, é da mais acaciana obviedade que o comando em apreço proíbe o Estado de explorar este setor aliciando para si parcelas do mercado que subtraia à conquista das empresas atuantes na área.

16. Mas não só isto. Dado que a participação do Estado na exploração econômica só pode ser suplementar da iniciativa privada, a qual contará tanto com preferência nesta esfera, quanto com o dever estatal de aí estimulá-la e apoiá-la, segue-se que o poder público não pode ocupar setores *suficientemente providos.*

Também não pode, ao ocupar setores *insuficientemente providos,* criar óbices a que venham a ser suficientemente preenchidos pelas empresas privadas. Por força disto terá que retirar-se deles — paulatinamente — à medida que ditos setores se forem tornando crescentemente providos pela iniciativa particular. Vale dizer, o Estado terá que retrair-se para ser substituído, no espaço que esteja ocupando, pelas empresas privadas. E é certo que, para cumprir este dever constitucional, haverá de facilitar este processo de substituição, ao invés de dificultá-lo.

17. Finalmente, se o Estado, ao cumprir esta missão de suplementar a iniciativa privada, estiver ocupando setor *totalmente improvido,* absolutamente vazio, haverá de forcejar para que as empresas privadas sejam atraídas para ele, uma vez aberta, pelo próprio Estado, a via de penetração neste setor.

18. A missão participante do Poder Público na esfera econômica, *ex-vi* do art. 170 e §§, é a de um colaborador da iniciativa privada e não de um adversário. Sua função é de secundar a iniciativa privada, quando necessário, e estimular a completa absorção pelos particulares das várias atividades econômicas interessantes para o país.

Nenhum outro entendimento seria autorizado em face das claríssimas disposições constitucionais, que definem o papel do Estado e das empresas privadas na seara econômica, no seguinte tripé já enfatizado: 1) preferência dos particulares; 2) participação apenas suplementar do Estado; 3) obrigação estatal de apoiar e estimular os particulares no exercício desta exploração preferencial.

19. Todas estas assertivas feitas até agora, com base nos preceitos constitucionais referidos, são confirmadas e reforçadas pelos dois outros parágrafos do art. 170, o que serve para exibir que há, nesta matéria, orientação constitucional claramente definida e logicamente integrada. É o que se demonstrará a seguir.

O § 2.° do art. 170 impõe ao Estado, quando explora atividade econômica, que suas empresas públicas e sociedades mistas sujeitem-se às normas aplicáveis às empresas privadas.

20. Qual o sentido deste comando? Duplo é o alcance do preceituado. De uma parte, certamente o anima a intenção de assegurar às entidades em questão um *modus operandi* expedito, ágil, solerte. Porém, de outra parte, resulta diretamente da regra em questão que as pessoas em apreço *não podem desfrutar de regalias jurídicas, de privilégios, de favores normativos* que as coloquem em situação vantajosa em relação às empresas privadas.

Se as normas a que se têm de submeter são as mesmas aplicáveis às empresas privadas, descabe conferir-lhes um status privilegiado, um regime capaz de outorgar-lhes posição sobranceira, predominante, ou mais favorável do que o regime disciplinador das empresas privadas.

21. Com efeito, se lhes fossem dadas vantagens, estar-se-ia invertendo a tônica do art. 170 e § 1.°. Estar-se-ia contrapondo ao vetor ali estabelecido novo setor, de direção antagônica, que elidiria o conteúdo prefixado na cabeça do artigo e anularia os propósitos nela consagrados.

22. Deveras: a partir do instante em que empresas estatais econômicas desfrutassem de regime próprio, mais vantajoso que os das empresas privadas, ao invés de se estar estimulando e apoiando estas últimas na exploração econômica, estar-se-ia, pelo contrário, desestimulando-as e desapoiando-as.

Estar-se-ia contraditando a *preferência* que se lhes deu neste setor. Estar-se-ia concorrendo para dificultar-lhes a atuação e para coarctar a possibilidade de que se expandissem e preenchessem totalmente o setor econômico, pois ficariam deprimidas por uma concorrência *desleal*, se cabe a expressão. Não teriam condições — ao contrário do proposto no art. 170 e seu § 1.° — de se desenvolverem e, às vezes, até de se firmarem, se, de saída, tivessem que suportar concorrência de empresas estatais ou semi-estatais instrumentadas por favores, benefícios e vantagens.

23. Além disso, se dado setor econômico não monopolizado estiver totalmente inocupado por empresa privada, certamente a razão desta lacuna será o escasso atrativo dele, sua dificuldade em ser enfrentado compensadoramente pela livre iniciativa. Vindo o Estado a ocupá-lo por suas empresas ou sociedades mistas poderá, com isto, preencher uma insuficiência no setor econômico, desbravar pioneiramente o caminho, contribuir, dessarte, para a organização do setor e com isto ensejar a afluência de empresas privadas para ele. Aí estará cumprindo plenamente uma de suas missões constitucionais.

24. Entretanto, mesmo quando opere solitário em tal setor, se o fizer sob regime que lhe assegure vantagens, privilégios em relação aos que seriam desfrutados pelas empresas privadas, ao invés de estar estimulando o ingresso delas

em tal área, estará, pelo contrário, sobrepondo um óbice adicional e acrescendo um embargo à afluência da iniciativa particular.

Com efeito, se na ausência de concorrência o setor se apresentava pouco atraente para as empresas privadas, muito menos atraente se tornará caso tenham que enfrentar um concorrente privilegiado por regime outorgador de prerrogativas que não lhes sejam deferíveis.

25. Assim, impede concluir que desassiste às empresas públicas e sociedades mistas fruírem de disciplina que as coloque em situação vantajosa ante as empresas privadas, quer no caso de operarem em setor parcialmente provido, quer quando operem em setor totalmente improvido pela iniciativa privada.

26. Estas afirmações encontram nova confirmação no § 3.º do art. 170, que não é senão aplicação particular dos princípios que vimos deduzindo ao acompanhar *pari passu* o teor dos preceptivos em tela.

O § 3.º do art. 170 impõe, às empresas públicas, sujeição ao mesmo regime tributário das empresas privadas, salvo quando monopolizado o setor. A razão do versículo em apreço é a mesma que vem sendo reiterada. Descabe beneficiá-las tributariamente porque, se tal se dera, ficariam em posição de vantagem frente às empresas privadas. E é o que não se quer, pois, se isto acontecesse, ao invés de se estar estimulando a iniciativa particular a preencher totalmente setor improvido ou só provido em parte, estar-se-ia reduzindo — quando não anulando — a possibilidade de virem a assenhorear-se por inteiro de setor que lhes cabe preferencialmente e onde ao Estado quadra apenas estimular as empresas privadas e desenvolver ação suplementar. Eis por que as empresas públicas têm de haver-se com o mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

27. Também, por isso, quando não comparece a razão obstativa que se acaba de expor, nada embarga seja deferido regime tributário especial às empresas públicas. Eis por que o § 3.º do art. 170 permite este favor no caso de atividade monopolizada. Aqui, pela impossibilidade jurídica de concorrência, o favor concedido a entidade governamental em nada deprimiria a ação dos particulares na exploração econômica.

28. Afora o art. 170 e parágrafos, cujo exame acaba de ser feito, interessa considerar, ainda, o art. 163 da Lei Maior. Este preceptivo cogita não só, mas também de participação estatal direta, ativa, na esfera econômica. Segundo seus termos:

"São facultadas a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Parágrafo único. Para atender a intervenção de que trata este artigo, a União poderá instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos na forma que a lei estabelecer."

Uma vez que até o presente estamos nos cifrando a examinar uma das formas de ingerência do Estado na esfera econômica, cumpre discernir, no art. 163, esta mesma forma, que é a participativa (enquanto sujeito ativo de atuação empresarial), deixando de lado, por ora, outra forma, também referida neste dispositivo, ou seja, aquela que se processa por via indireta, por regulamentação legal.

29. Com efeito, partilhamos a bem fundada opinião do eminente publicista sergipano, professor Carlos Ayres Brito,[1] segundo a qual a dicção do art. 163, sobretudo à luz do parágrafo único, revela que nele estão consideradas duas modalidades de interferência estatal: uma, a *monopolística*, em que determinada indústria ou atividade fica reservada exclusivamente à senhoria do Estado e outra, a *interventiva*, na qual o poder público, por via disciplinar, legislativa, regulamenta atividade econômica desenvolvida de modo preferencial, como já visto, pelas empresas privadas.

30. O alumiado autor chama a atenção para o fato de que a linguagem do art. 163 deixa claro existir neste preceito menção a duas realidades distintas. Deveras, o artigo estatui que: "São facultadas" (plural) "a intervenção no domínio econômico *e* o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal". Tanto o uso do plural como da conjunção *e* fazem ver que o texto distinguiu intervenção de monopólio, sem estabelecer entre ambos relação do gênero-espécie.

Caberia, ainda, acrescentar que o dispositivo, em prosseguimento, menciona: "quando indispensável" (singular, agora, ao invés de plural) "por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competência e liberdade de iniciativa...", etc. É dizer: cabe monopolizar quando indispensável, seja por segurança nacional, seja porque a organização do setor não se compadece com desenvolvimento eficaz, se efetuada em regime de competição e liberdade de iniciativa.

31. O Prof. Carlos Brito adverte, afinal, com grande acuidade, que o parágrafo único do art. 163 menciona a instituição de *contribuições* destinadas ao custeio dos *encargos* e *serviços* necessários para atender a "*intervenção* de que trata este artigo". Anota que *encargos e serviços* não são de modo algum tarefas de exploração econômica. Jamais caberia supor tais expressões adequadas como sinonímia de exploração da atividade econômica, ainda que monopolizada.

Antes e pelo contrário, servem para conotar missões disciplinadas pelo direito público. E a contraprova de que neste sentido foram tomadas está em que, para

Brito, Carlos Ayres. *A Intervenção estadual no domínio econômico.* Vox Legis, n. 148.

custear esta *intervenção*, previu-se aporte obrigatório, de direito público: *contribuições*.

32. Ora, a ingerência estatal *disciplinadora*, efetuada, *por via indireta*, por regulamentação legal, *é que é de direito público*, pois a atuação do Estado em forma empresarial, consoante visto, *rege-se pelo direito privado* (art. 170, § 2.º). Ademais, o que o texto constitucional previu, ao cogitar das empresas públicas em setor monopolizado, foi a possibilidade de favor tributário (art. 170, § 3.º), consoante dantes assinalado, e não de *contribuições* obrigatórias.

33. Do exposto é forçoso concluir que o art. 163 contempla, de um lado, a possibilidade do Estado *intervir*, isto é, disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, podendo instituir contribuições para custeio dos encargos e serviços relativos ao cumprimento da missão que lhe seja legalmente irrogada. Assim, os órgãos e entidades que crie ou os serviços que ponha em ação para assegurar tal controle serão suportados por estes recursos compulsoriamente exigidos.

De outro lado, o art. 163 contempla a possibilidade do Estado monopolizar dada indústria ou atividade, se isto for requerido por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se em regime de competição e de liberdade de iniciativa.

34. Assim sendo, tem-se que a participação do Estado como sujeito ativo de exploração econômica só pode existir em duas hipóteses: a) atuando, com base no art. 170, § 1.º, em *caráter suplementar* da iniciativa privada, quando houver falta ou insuficiência dela no setor; b) atuando, com base no art. 163, sob regime de *monopólio*, quando solicitado por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa eficazmente desenvolver-se no regime de competição e liberdade de iniciativa.

35. A primeira hipótese já foi exaustivamente examinada. Quanto à segunda, cumpre observar, inicialmente, que a liberdade legislativa para decidir em prol de monopólio, evidentemente, não é absoluta. Para contraditar esta assertiva seria necessário fazer *tabula rasa* do próprio art. 163, pois ter-se-ia que erradicar dele as condições que impôs para liberar a monopolização, isto é: ser exigida por motivo de segurança nacional ou por impossível o eficaz desenvolvimento da atividade ou indústria em regime de competição e liberdade.

36. Interpretar um preceito supõe, como regra primeira, contar com o que nele está, ao invés de suprimir o que dele consta. Até porque sacar da Constituição disposições ali residentes é legislar — e legislar como constituinte.

37. Como o exegeta não é constituinte, nem pode legislar, mas tão só desentranhar o sentido do texto, segue-se o obrigatório reconhecimento de que as condições fixadas no art. 163 são uma barreira para o próprio legislador, pois constituem-se em matéria de regra jurídica. E por constituírem matéria de regra jurídica, por definição são suscetíveis de controle jurisdicional.

38. Ao Judiciário incumbirá, sob apelo dos interessados, analisar se ocorrem ou não os pressupostos constitucionais autorizadores de monopolização. É verdade que a fluidez das palavras utilizadas pelo art. 163, na descrição dos motivos que ensejam a instituição do monopólio, darão ensanchas ao prosperar de *alguma* discricionariedade legislativa. Mas alguma discricionariedade não é discricionariedade total, inclusive porque esta não existe, nem pode logicamente existir. Deveras, discricionariedade é liberdade *dentro dos limites da lei.* Logo, haverá sempre limites balizadores dela, até porque liberdade incontrastável é o mesmo que arbítrio — noção antinômica à discricionariedade.

39. Estes limites, inobstante algo imprecisos, são identificáveis com base no contraste entre a *significação mínima* das palavras normativas e a *correspondência mínima* das situações fáticas a que se reportam, analisadas *razoavelmente* e em função da finalidade tutelada pela Constituição. Como bem o disse o preclaro administrativista português Afonso Rodrigues Queiró,[2] muitas vezes não se pode dizer o que uma coisa é, mas pode-se dizer o que não é.

40. Portanto, quando menos por esta via negativa, seria sempre possível controlar a discrição. Demais disso, o mesmo autor, chamando à colação W. Jellinek, observa que "um conceito tem limites do contrário não seria um conceito".[3] Dado o caráter logicamente finito dos conceitos, não há noções insuscetíveis de redução a um significado mínimo, para além do qual já se terá desbordado de suas fronteiras. Eis por que é poder e dever do Judiciário, uma vez solicitado, debruçar-se sobre a lei monopolizadora para examinar se é ou não cabível a subsunção dos fatos alegados à previsão hipotética da regra constitucional.

41. Outra observação despertada pelo art. 163 — e de realce maior para as questões ora enfocadas — é a de que, se inexistir monopólio, qualquer atuação empresarial do Estado submete-se integralmente aos princípios, já deduzidos, relativos à presença suplementar do Poder Público na esfera econômica. Vale dizer: na ausência de monopolização, o papel do Estado como agente empresarial será o de mero coadjuvante, devendo auxiliar e apoiar as empresas privadas, de modo a tão-somente preencher os espaços vazios ou insuficientemente supridos. De nenhuma forma poderá subtrair-lhes o mercado, deprimir-lhes a expansão, disputar-lhes os negócios, rebaixar-lhes as perspectivas de estabilização e desenvolvimento. Pelo contrário, haverá de retrair-se à medida em que a livre iniciativa ganhe corpo no setor, até retirar-se, totalmente, assim que o setor possa estar satisfatoriamente provido pelas empresas privadas.

42. Com efeito, a arena econômica é ambiente natural da livre iniciativa, segundo os termos constitucionais. Por isso o objetivo maior do Estado é devolvê-lo inteiramente a elas, salvo nos casos em que as condições requerentes de

[2] Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio do poder em direito administrativo.* Coimbra Editora, 1940. p. 79.
[3] Id. ibid. p. 53.

monopólio pedem a exclusão da livre concorrência, para atendimento de interesses maiores.

43. De par com os arts. 170 e §§ e 163, nos quais se cogita de *atuação empresarial do Estado*, respectivamente suplementar e monopolista, importa referir o art. 160 da Lei Maior.

Nele se apontam relevantíssimas diretrizes para a interferência estatal *disciplinadora* (não empresarial, portanto), isto é, naquela contemplada em um dos comandos do precitado art. 163. Além disso, no mesmo art. 160, o Texto Maior faz referência expressa à adoção da livre iniciativa como tônica do sistema.

Dispõe o art. 160:

"A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

I — liberdade de iniciativa;

II — valorização do trabalho como condição da dignidade humana;

III — função social da propriedade;

IV — harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção;

V — repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros;

VI — expansão das oportunidades de emprego produtivo."

44. Assim, o desenvolvimento nacional e a justiça social constituem-se nos objetivos da ordem econômica e social. Para alcançá-los, a Carta Brasileira estabeleceu que dita ordem haveria de embasar-se em *princípios* que explicitou. Estes cânones representam, então, pautas conformadoras inadversáveis impostas a todos; vale dizer: ao Estado e aos cidadãos.

É importante notar que o texto expressamente os nominou *princípios*. E prin- a todos; vale dizer: ao Estado e aos cidadãos.

"é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua

estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada.[4]

45. Segue-se que em matéria econômica e social toda a legislação, toda a disciplina que o Estado venha a estabelecer, toda a política que traçar, todos os atos que praticar *obrigatoriamente* deverão, *sob pena de inconstitucionalidade,* orientar-se em prol da liberdade de iniciativa, da valorização do trabalho, da função social da propriedade, da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção, da repressão ao abuso do poder econômico e da expansão das oportunidades de emprego produtivo.

Em conseqüência, agravar a livre iniciativa, desvalorizar as forças de trabalho, estimular o uso egoístico e anti-social da propriedade, fomentar a desarmonia entre as categorias sociais de produção, permitir ou favorecer o domínio dos mercados, a eliminação da concorrência, o incremento de lucros arbitrários e deprimir as oportunidades de emprego produtivo são comportamentos que o Estado não pode realizar nem tolerar que outros — pessoas públicas ou privadas, governamentais ou particulares — os realizem.

46. Exatamente por isso, o Poder Público ao efetuar a intervenção do domínio econômico de que fala um dos comandos do art. 163, isto é, ao legislar, disciplinando a atuação de todos os que operam nesta esfera, deverá conformar-lhes o desempenho para impedir que vulnerem os princípios estabelecidos no art. 160 e para assegurar que atuem segundo pautas conducentes à satisfação dos valores ali enumerados. Isto corresponde ao exercício de seu poder de polícia na esfera econômica, isto é, à edição de regras impedientes de uso anti-social da liberdade de iniciativa ou do desfrute da propriedade. E para assegurar a efetivação destas normas que, *por lei,* se impõem, cumpre, por via administrativa, ou seja mediante a *polícia administrativa no setor econômico,* expedir os atos infra-legais, abstratos ou concretos pertinentes.

47. Assim, por exemplo, a Lei n.º 4 137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso de poder econômico, é típica manifestação do poder de polícia em matéria econômica e que tem por objeto assegurar um dos princípios do art. 160. A Lei delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, ainda buscando garantir princípios daquele preceptivo, autorizou o tabelamento de preços de certos bens e serviços. O Decreto-lei n.º 808, de 4 de setembro de 1969, legitimou o Conselho Interministerial de Preços, que havia sido inconstitucionalmente criado por decreto (Decreto n.º 63 196, de 29 de agosto de 1968) em vista de regular preços no mercado interno. Todos estes diplomas são manifestações do poder de polícia na esfera econômica e cumprem a função de disciplinar este setor, atendendo ao previsto no art. 160.

[4] Bandeira de Mello, Celso Antonio. *Elementos de direito administrativo.* 1. ed. Ed. Revista dos Tribunais, 1980. p. 230, n. 3 e 4.

48. Finalmente, para dar cumprimento ao item I do art. 160, que professa o princípio da livre iniciativa, e a um dos comandos do art. 170, *caput*, que prevê estímulo e apoio do Estado às empresas privadas, o poder público deve fomentar e incentivar as atividades econômicas por meio de financiamentos, prêmios, isenções fiscais amparo científico e tecnológico e outras medidas necessárias ou úteis à expansão delas.

49. Refira-se, como derradeira palavra, a possibilidade de interferência estatal, em situações anômalas e emergenciais, mediante requisição de bens (art. 8.°, item XVII, letra *g*), conforme prevê a lei delegada n.° 4, de 1962, tendo em mira salvaguardar os objetivos de desenvolvimento nacional e justiça social previstos no art. 160 *caput* e os princípios consagrados nos itens III (função social da propriedade) e V (repressão ao abuso do poder econômico) ou ainda, em face de perigo iminente, pela ocupação temporária da propriedade (art. 153, § 22, segunda parte).

Este, em linhas sumárias, é o panorama constitucional da interferência do Estado na ordem econômica.

Síntese

50. Em face do quanto se expôs e considerou, procede sumular as seguintes conclusões teóricas:

a) Em tese, o Estado pode interferir na ordem econômica, seja disciplinando e fiscalizando a ação empresarial, seja fomentando esta ação, seja empresando diretamente a exploração de atividade econômica.

b) O empresamento da atividade econômica pelo Estado é a regra nos regimes coletivistas. O empresamento da atividade econômica pelos particulares é a regra nos regimes que professam a livre iniciativa. Tanto um regime quanto outro só aceitam as formas antagônicas como exceção e na medida em que são ancilares da via que lhes tipifica o sistema econômico. Refutam-nas quando infirmam, deprimem ou corroem a tônica do sistema adotado.

c) O regime constitucional brasileiro professa como princípio da ordem econômica e social a *livre iniciativa* (art. 160, I) e confere preferencialmente às empresas privadas a organização e exploração das atividades econômicas (art. 170, *caput*).

d) É dever do Estado *estimular e apoiar as empresas privadas* na exploração da atividade econômica (art. 170, *caput*), e só lhe cabe ingerir diretamente nesta esfera em caráter *suplementar* da iniciativa privada (art. 170, § 1.°).

e) A preferência outorgada às empresas privadas na organização e exploração das atividades econômicas significa que o campo é próprio delas, de tal sorte que o Estado nele só pode ingressar — salvo o caso de indústria ou atividade monopolizada — *para suprir lacunas totais ou parciais* (art. 170 e § 1.°).

f) Por ser apenas supletiva a gestão econômica estatal e caber preferencialmente aos particulares organizá-la e explorá-la com o estímulo e o apoio do Estado (art. 170 e § 1.º), é seu dever *retirar-se dela* à medida em que o setor improvido ou insuficientemente provido venha a ser ocupado pelas empresas privadas.

g) Ao Estado incumbe favorecer e apoiar esta ocupação crescente, pelas empresas privadas, dos setores econômicos (art. 170) total ou parcialmente lacunosos, pelo que *não pode com elas disputar fatias de mercado, nem aliciar negócios ou clientes, nem mediante concorrência com elas, deprimir-lhes as possibilidades de estabilização e expansão.*

h) Quando o Estado atua diretamente no setor econômico, para cobrir setores não-providos ou insuficientemente providos, haverá de fazê-lo sob regime igual ao das empresas privadas, *sem desfrutar de vantagem alguma* (art. 170, § 2.º), *pois, a não ser assim, estaria desapoiando e desestimulando as empresas privadas,* em contradita ao art. 170, *caput,* e em contraposição aos objetivos consagrados neste artigo e em seu § 1.º.

i) A exigência de que na exploração econômica haja igualdade de regime tributário entre empresas particulares e empresas públicas, *salvo o caso de monopólio* (§ 3.º do art. 170), confirma a *impossibilidade de atribuir vantagens à gestão empresarial do Estado,* pois a absolvição da regra só foi feita onde não há possibilidade lógica de resultar inferiorização para as empresas privadas.

j) O Estado pode monopolizar determinada indústria ou atividade por motivo de segurança nacional ou para organizar setor cujo desenvolvimento não se compadeça com o regime de competição e liberdade de iniciativa (art. 163), mas *caberá ao Poder Judiciário, em investigação razoável, verificar, a instâncias dos interessados, se ocorrem ou não os pressupostos de monopolização.*

k) Afora as hipóteses de gestão econômica estatal, suplementar ou monopolista, (art. 170, § 1.º e 163), assiste ao Estado disciplinar a atividade econômica (art. 163) para fazer cumprir os objetivos e princípios da ordem econômica e social (art. 160 e itens I a VI) e excepcionalmente, em situações emergenciais, requisitar bens a fim de atender aos mesmos princípios, assim como ocupar temporariamente propriedade privada em caso de perigo público iminente (art. 153, § 22, 2.ª parte).