

em decorrência de convênios ou ajustes congêneres sejam despendidos da forma mais vantajosa possível, assegurando igualdade de condições e competitividade a todos aqueles que demonstrem interesse em com elas contratar, o Tribunal de Contas da União determinou a observância dos ditames da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no que couber, por todas as entidades privadas conveniadas com o Poder Público ou que dele recebam subvenções. Trata-se de diretriz salutar que considera que, diante da natureza dos recursos geridos – os quais, por não serem contraprestacionais, não perdem a essência pública –, a obrigatoriedade de licitar, como regra, se fará presente, impondo a submissão da administração e do particular a procedimentos formais de seleção de fornecedores e prestadores de serviços que assegurem a aplicação dos recursos com atendimento aos princípios da competitividade e da vantajosidade, atenuando eventuais favorecimentos e fazendo prevalecer a isonomia entre potenciais interessados.

ATIVIDADE ECONÔMICA ESTATAL, SUBSIDIARIEDADE E INTERESSE PÚBLICO

Maurício Carlos Ribeiro

Sumário: Introdução. 1 – A atividade econômica do Estado Gerencial e o princípio da subsidiariedade. 2 - O interesse público como fundamento da atividade econômica estatal. Conclusão. Referências.

Introdução

A dimensão da atividade econômica estatal, em toda a trajetória histórica do ente político, é reflexo da opção pelo maior ou menor grau de intervencionismo, adotada ainda entre os fundamentos do próprio Estado.

De acordo com Eros Roberto Grau, o Estado moderno surge com a vocação de atuar no campo econômico; o que é modificado no tempo seria apenas a forma dessa atuação, dirigida inicialmente à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, e posteriormente à substituição e compensação do mercado.¹

Assim é que, enquanto o Estado fundamentado nas idéias liberais tinha como base a maior abstenção possível quanto a intervenções no domínio econômico – devendo, para os teóricos do Liberalismo político e econômico, ater-se apenas à provisão das necessidades básicas da coletividade, como proteger a liberdade individual e a segurança física e patrimonial dos cidadãos –, as tendências nacionalizantes ou socializantes do início do Século XX inverteram esta lógica, colocando o Estado no núcleo da vida econômica, além de conceder a este o papel de centralidade no que tange à vida social, à cultura e à ideologia.

O surgimento do Estado de bem estar social, por seu turno, embora tenha retirado do ente político o papel de *moto* da vida em sociedade, manteve a grande ingerência estatal sobre a economia. Com efeito, a centralidade da idéia de “justiça social” legitimou a maior ingerência do ente político na atividade econômica, passando a figurar como produtor de bens e prestador de serviços, muitas vezes em ambiente de competição com os particulares.

A opção pelo *Welfare State*, como é sabido, acarretou o crescimento exponencial do aparato estatal, o que viria a se tornar a causa de sua própria derrocada: transformado em uma gigantesca corporação mas sem poder – ou mesmo sem saber – usar a lógica de mercado para se manter, e ainda necessitando oferecer à sociedade as prestações mais básicas, como segurança e defesa nacional, o Estado se viu cada vez mais deficitário, o que foi agravado pela crise fiscal das décadas de 1960 e 1970. Dependendo de recursos tributários para manter ativa a enorme máquina construída ao longo de décadas de atuação direta sobre a economia, e também diante da queda brutal de arrecadação e da

*Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público (UERJ – 2007), especialista em Direito da Administração Pública (UFF – 2000) e em Políticas Públicas e Governo (UFRJ – 2001). Professor de Direito Administrativo e de Direito Econômico e Concorrencial dos cursos de pós-graduação em Direito Público e Tributário e em Direito Administrativo Empresarial da Universidade Cândido Mendes – IAVM e CPGD; professor de Direito Administrativo da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo do IBMEC

¹GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19.

exaustão do contribuinte, o modelo do Estado de bem estar acabou por se esgotar na maior parte do mundo que o conheceu.²

Esta crise do chamado Estado Fiscal fez ascender o neoliberalismo ao patamar de teoria econômica a nível mundial – tendo como centros propulsores os Estados Unidos de Ronald Reagan e o Reino Unido conduzido por Margaret Thatcher –, pregando a doutrina do Estado abstencionista, mantendo-se, porém, um mínimo de intervenção estatal no domínio econômico, no que tange à promoção e manutenção da justiça social.

Assim, inspirado pela doutrina neoliberal – adotada, segundo Ives Gandra da Silva Martins³, pela Constituição de 1988 –, houve um recuo do Estado produtor, com a ascensão do chamado Estado Regulador ou Gerencial, preocupado não em prestar os serviços ou produzir os bens, mas em supervisionar e regular a atividade econômica, majoritariamente devolvida à sociedade.

Entretanto, o Estado neoliberal ainda houve por bem reservar para si, em alguma proporção, a faculdade de atuar sobre o domínio econômico, como produtor de bens ou prestador de serviços, condicionando, contudo, essa intervenção a situações excepcionais estritamente permitidas pelo ordenamento jurídico – ou seja, com patente natureza *subsidiária*.

Outrossim, a fórmula mais utilizada pelo ordenamento jurídico para possibilitar o exercício de uma atividade econômica pelo Estado é a invocação do interesse público ou de idéias similares, como o interesse coletivo ou nacional – utilizada, inclusive, pelo ordenamento constitucional brasileiro.

O objetivo deste trabalho, portanto, é investigar a influência de um princípio de subsidiariedade sobre a atuação econômica estatal e analisar a idéia de interesse público como elemento legitimador e justificador do exercício de atividade econômica pelo Estado contemporâneo, partindo da definição de interesse público como o interesse metaindividual qualificado pelo fato de sua persecução e proteção serem atribuídas ao ente estatal.

Salientamos que a expressão “atividade econômica”, como aqui utilizada, refere-se ao que Eros Roberto Grau denomina *atividade econômica em sentido estrito*⁴, objeto do alcance do art. 173 da Constituição Federal. Excluímos do âmbito do presente trabalho, assim, a análise da prestação de serviços públicos, concentrando o enfoque na exploração, pelo Estado, de atividades econômicas propriamente ditas.⁵

1 - A atividade econômica do Estado Gerencial e o princípio da subsidiariedade

Como visto acima, a partir do momento em que se opta pela adoção de um modelo de Estado mínimo, a atividade econômica estatal se torna *excepcional*, e não regra. No Estado Gerencial, fortemente influenciado pelas idéias neoliberais, o exercício de uma atividade econômica pelo ente político – direta ou indiretamente, através de empresas públicas ou sociedades de economia mista, por exemplo – é exceção, sendo as atividades econômicas, em regra, disponibilizadas apenas aos particulares.⁶

²França e Suécia, por exemplo, como dois dos últimos exemplos de Estados de bem estar em vigor no mundo ocidental, encontram-se atualmente com expressivas dificuldades de obtenção de recursos para financiar a estrutura estatal por eles mantida.

³Apud SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 29.

⁴Op. cit., pág. 103.

⁵Para uma diferenciação minuciosa entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público, ver GRAU, Eros Roberto, op. cit., pp. 110 e seguintes.

⁶Um bem sentido reflexo desta abstenção estatal quanto à atuação econômica é o processo de

Com efeito, é da lógica do capitalismo neoliberal que seja dada a maior amplitude possível à liberdade de iniciativa econômica dos particulares, reconhecida esta como direito ou garantia individual fundamental – sendo, então, mais do que apenas um princípio fundamental da atividade econômica, como mencionado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷, Marcos Juruena Villela Souto⁸ e Luís Roberto Barroso.⁹

Há, no entanto, duas situações em que o Estado exerce atividade econômica: uma é o exercício de *monopólios estatais*, e a outra o desempenho de atividades econômicas em ambiente de concorrência com a iniciativa privada.

Constituem monopólios estatais as atividades econômicas que são *completamente subtraídas* à esfera de atuação dos particulares¹⁰, sendo esta, portanto, a forma mais radical de intervenção do Estado na economia, por gerar uma exceção à liberdade constitucional de competição.¹¹

De qualquer modo, as hipóteses de exercício monopolístico de atividade econômica pelo Estado, por constituir a mais gravosa forma de intervenção estatal, necessitam estar constitucionalmente fixadas¹², de forma taxativa e *numerus clausus* – o que ocorre, no caso brasileiro, com o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X da Constituição Federal), o petróleo e os minerais nucleares (art. 177 da Carta de 1988), cujo monopólio é atribuído à União, e a distribuição de gás canalizado, conferida aos Estados-membros (Constituição Federal, art. 25, §2º) e ao Distrito Federal, por extensão (art. 32, §1º).

Pode-se distinguir, entre as hipóteses submetidas ao regime de monopólio, a existência de casos em que as atividades econômicas sejam transferidas para o campo de atuação da intervenção monopolística por interesse estratégico (caso do petróleo) ou por razões de segurança nacional (enriquecimento de minérios nucleares, por exemplo), e também de situações em que a atividade econômica seja monopolizada pelo Estado apenas por opção político-normativa (como seria, para alguns, o caso do serviço postal) – tudo, porém, expresso em sede constitucional.

desestatização ou *privatização*, através do qual o Estado transfere para os particulares não apenas atividades econômicas, mas mesmo empresas inteiras, substituindo a atuação direta por uma intervenção regulatória, com a criação e o fortalecimento de autoridades administrativas independentes, como as chamadas “agências reguladoras”. Sobre o assunto, ver, por todos, ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

⁷MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 468 e ss.

⁸SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em debate, pág. 31.

⁹BARROSO, Luís Roberto. “Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”. In SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX – Direito das Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 130.

¹⁰MOREIRA NETO, op. cit., p. 470, distingue a idéia de monopólio da de exclusividade, esclarecendo que o primeiro “importa na vedação de toda atividade concorrente, em qualquer hipótese, em caráter genérico e ilimitado”, enquanto a exclusividade “exclui apenas a concorrência na mesma área de uma idêntica espécie de atividade específica e limitada, podendo ser, portanto, delegada ou apenas autorizada quando não tiver escala empresarial”.

¹¹Idem, *ibidem*.

¹²Neste sentido, BARROSO, op. cit., pp. 146 e 147, *in verbis*: “A outra forma de atuação do Estado para o exercício de atividade econômica é a monopolizada, situação absolutamente excepcional, que a Constituição sequer admite seja reproduzida pelo legislador ordinário. (...) a partir da entrada em vigor da nova Carta, só são admitidos os monopólios estatais por ela previstos expressamente; lei alguma pode criá-los. Lembre-se, aliás, que a Constituição de 67/69 admitia que a lei, respeitados determinados requisitos, pudesse instituir monopólios. Não mais assim na nova Constituição, que deixou de reproduzir o dispositivo”.

Por outro lado, há atividades econômicas que o Estado pode exercer *em ambiente de concorrência* com a iniciativa privada – considerada por Barroso como “a forma padrão de atuação do Estado como agente econômico”¹³ – na qual o ente estatal atua como empresário, em igualdade de condições e sem impedir a exploração das mesmas atividades pelos particulares.

Neste caso, muito embora a intervenção estatal seja menos gravosa do que a monopolística, o exercício da atividade econômica pelo Estado continua sendo excepcional, necessitando ser expressamente motivada e estar explicitamente autorizada por lei – entendimento que foi consolidado pelo art. 173 da Constituição de 1988:

“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.”¹⁴

A necessidade de motivação expressa, a explicitar os aspectos fáticos que justificam a atuação econômica do Estado, vinculando a iniciativa aos conceitos jurídicos indeterminados de “imperativos da segurança nacional” e de “relevante interesse coletivo”, bem como a exigência de lei específica, tornam evidente que a atuação econômica estatal, mesmo no âmbito de atividades exercidas em caráter concorrencial, encontra um duplo limite nas idéias de liberdade de iniciativa econômica dos particulares, por um lado, e na regra legal de competência, por outro.

A intervenção do Estado, então, enquanto agente diretamente envolvido na exploração de uma atividade econômica é *subsidiária* à iniciativa particular.

Há que se ver, contudo, que também a idéia de monopólio estatal, ao operar – excepcionalmente, como dito – o deslocamento da atividade econômica para o rol de atribuições do Estado, importa em um reconhecimento, ainda que implícito, de que a sociedade civil não poderia lidar satisfatoriamente com aquela atividade, levando, assim, à necessidade de sua exploração pelo ente estatal.

Tem-se, então, na Constituição de 1988, uma clara *subsidiariedade implícita* da atuação estatal, uma vez que se reconhece ao Estado a faculdade de atuar diretamente sobre a economia, como empresário, nos casos – e somente nos casos – em que o particular não possa ser o único agente econômico, por motivos de interesse público ou por disposição constitucional. Dizemos *implícita* esta subsidiariedade porquanto derivada da interpretação do texto constitucional, enquanto Constituições anteriores, como a de 1937¹⁵ e a de 1967, tanto em sua redação original¹⁶ quanto após a Emenda de

¹³BARROSO, *op. cit.*, p. 145.

¹⁴Para Eros Roberto Grau, o art. 173 da Constituição de 1988 poderia ser aplicado tanto à intervenção monopolística quanto à concorrencial (*op. cit.*, pp. 283 e ss) – de acordo com tal autor, aliás, o monopólio, no caso da atividade econômica estatal, configuraria a regra, e não a exceção. Tal posição, no entanto, se afigura minoritária, sendo predominante o entendimento no sentido oposto, pugnano que o art. 173 refere-se apenas às atividades econômicas enquanto exploradas em ambiente concorrencial com a iniciativa privada.

¹⁵Constituição de 1937, art. 135: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

¹⁶Constituição de 1967, art. 163, § 1º: “Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.”

1969¹⁷, consagravam literalmente a complementaridade da atuação estatal.¹⁸

Em outras palavras, a atuação direta do Estado no domínio econômico, tanto nas atividades monopolizadas quanto nas exercidas em ambiente concorrencial, é claramente subsidiária à iniciativa econômica privada, seja por expressa previsão constitucional, no primeiro caso, seja por motivo de interesse público definido em lei, neste último.

O *princípio da subsidiariedade*, outrossim, apresenta-se como inafastável não apenas do domínio econômico, mas de toda a idéia de Estado contemporâneo, ao prescrever como estado ideal de coisas a repartição de atribuições entre Estado e Sociedade, só devendo permanecer com o Estado aquelas que a coletividade não consiga ou não possa equacionar competentemente.¹⁹

Apesar de induzir à percepção de uma debilidade do Estado em relação à intervenção econômica, este princípio de subsidiariedade, em verdade, indica que a subordinação da atuação estatal na economia se prende a uma regra de *necessidade*, ao determinar que a exploração de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado só é legítima quando as ações ou omissões da iniciativa econômica privada venha a colocar em risco a satisfação dos interesses coletivos, o desenvolvimento sócio-econômico ou a própria existência do ente político.²⁰

Em consequência, é de se ver que não existe uma liberdade de iniciativa econômica pública; ao contrário, o princípio de livre iniciativa se aplica apenas aos particulares. A exploração de atividade econômica pelo Estado, por seu turno, não tem no mesmo princípio seu fundamento, sendo estabelecida e limitada pela legalidade. Assim, no que tange à atuação estatal na economia a regra será, sempre, a *abstenção*, e a exceção, necessariamente fundamentada, a intervenção.

No entanto, se a Constituição, por um lado, limita a atuação empresarial estatal às situações subsidiárias e de interesse público, por outro não prevê a existência de qualquer atividade econômica cuja exploração seja vedada ao Estado. Ou seja: qualquer setor da atividade econômica, exercida pela iniciativa privada, que apresente uma deficiência atentatória ao interesse da sociedade poderia ser objeto de exploração pelo Estado, mediante previsão em lei específica que assim estabeleça. Não há, então, setores econômicos reservados à iniciativa econômica privada, consagrando a Constituição da República de 1988, neste particular, uma opção por um modelo de economia mista, majoritariamente privada, mas facultando ao Estado a intervenção, ainda que subsidiária e condicionada.

2 - O interesse público como fundamento da atividade econômica estatal

Conforme visto no capítulo acima, a excepcionalidade da intervenção estatal na economia é orientada pela idéia de subsidiariedade da exploração, pelo Estado, de

¹⁷Constituição de 1967 com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01/1969, art. 170, § 1º: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”.

¹⁸Neste sentido, GRAU, *op. cit.*, p.285.

¹⁹SOUTO, Marcos Juruena Villela. (Direito Administrativo em debate, p. 31) fala em um “princípio da abstenção, segundo o qual o Estado não deve exercer atividades econômicas, excluindo ou concorrendo com a iniciativa privada, senão em hipóteses excepcionais, de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme definição em lei”, que seria distinto do princípio da subsidiariedade. Cremos, porém, tratar-se da mesma idéia, ainda que sob planos de observação distintos, que é defendida por outros autores, pátrios e estrangeiros, como sendo o princípio de subsidiariedade: o Estado deve se abster de intervir diretamente na economia, apenas o fazendo de forma *suplementar* e *subsidiária* à iniciativa econômica privada.

²⁰Neste sentido, OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 120.

atividade econômica em sentido estrito. Em regra, as atividades econômicas propriamente ditas devem ser facultadas ao particular, sendo possível ao Estado exercê-las apenas nos casos em que as mesmas não sejam satisfatoriamente desempenhadas pela iniciativa privada, acarretando lesão aos interesses da coletividade.

É esse princípio de subsidiariedade da atuação estatal no domínio econômico que torna necessária a fundamentação expressa, com remissão a “relevante interesse coletivo” ou a “imperativo de segurança nacional”, para justificar a exploração de atividade econômica pelo Estado, de acordo com o art. 173 da Constituição da República, sempre autorizada por *lei formal*.²¹

Diz Eros Grau que “segurança nacional”, para a Constituição de 1988, é conceito completamente distinto do utilizado pela Emenda Constitucional de 1969 – atualmente refere-se à *defesa nacional*, enquanto, no ordenamento passado, cuidava-se de prover a *segurança do Estado contra a sociedade*.²² Trata-se, então, de atividade que importe à defesa do país contra a agressão estrangeira, o terrorismo, o crime organizado internacional etc. – como, por exemplo, a indústria de armamentos, setor tradicionalmente privado, mas que pode ser, por via legislativa, facultado à atuação direta estatal.²³ Neste caso, aliás, a exigência de lei efetuada pelo art. 173 da Carta de 1988 deve ser entendida como *lei federal*, tendo em vista que a segurança nacional é matéria de competência legislativa privativa da União Federal, de acordo com o art. 22, XXVIII, do texto constitucional.

A expressão “relevante interesse coletivo”, por seu turno, aponta para as necessidades gerais da coletividade, mormente no que tange às matérias referentes ao ambiente da economia – promoção do desenvolvimento sócio-econômico, satisfação das necessidades básicas, fornecimento de bens de consumo fundamentais, entre outras. Aqui, ao contrário do que se passa na hipótese anterior, a exigência de lei pelo art. 173 da Constituição da República deve ser entendida como de *lei editada pela União Federal ou pelos Estados-membros*, de acordo com a extensão do interesse coletivo a ser protegido, uma vez que as matérias de Direito Econômico, de acordo com o art. 24, I da Carta Magna, admitem a competência legislativa concorrente entre tais entes federativos.

Importa ressaltar que a doutrina publicista muitas vezes extrema as idéias de serviço público e atividade econômica *stricto sensu* utilizando o critério do interesse público: verificando-se um interesse coletivo na atividade, ela seria alçada à categoria de serviço público; caso haja apenas um interesse estratégico ou mesmo econômico do Estado, ter-se-ia hipótese de atividade econômica em sentido estrito.²⁴ Já para outros, dentre os quais citamos, com apoio no estudo de Alexandre Aragão, os espanhóis Ramón Parada e Gaspar Ariño Ortiz, há na atividade econômica em sentido estrito desenvolvida pelo Estado um interesse público, traduzido não pela essencialidade dos serviços ou uma finalidade de serviço ao público, mas por um amplo e difuso conceito de interesse

²¹Neste sentido, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 177 e 178.

²²GRAU, Eros Roberto. *Op. cit.*, p. 281.

²³Caso da IMBEL – Indústria de Material Bélico do Brasil, empresa pública integrante da Administração Indireta Federal, cuja criação foi autorizada pela Lei n° 6.227, de 14 de julho de 1975.

²⁴Neste sentido a lição de José Maria Souvirón Morenilla, citado por Alexandre Aragão (*in* *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179), por exemplo, “uma coisa é a atuação empresarial do Estado, desenvolvida com fins de rentabilidade econômica e conforme o mercado, e outra é – ou deveria ser – a atividade ‘de não-mercado’ ou de serviço público. Esta se define porque, a partir dos princípios de universalidade e de igualdade que a presidem, se dirige à satisfação de uma necessidade coletiva com objetivos de justiça e de solidariedade social, prevalentes, em todo caso, sobre os critérios econômicos de rentabilidade na exploração do serviço”.

público, no qual poderia ser incluída qualquer atividade econômica que beneficie a coletividade, como a promoção do desenvolvimento sócio-econômico.²⁵

É de se ver, então, que a fórmula utilizada pelo art. 173 da Constituição de 1988 é de significativa amplitude, reconduzindo o intérprete à idéia de interesse público, considerado como o *interesse metaindividual, derivado dos direitos fundamentais, cuja promoção e proteção são cometidas pela sociedade ao Estado, que tem como único fim sua persecução*.

A habilitação do Estado para o exercício de uma atividade econômica, então, prender-se-á, necessariamente, a um motivo: a satisfação dos interesses cuja persecução lhe tenha sido atribuída pela sociedade que lhe dá suporte. Importa, neste contexto, definir o conteúdo deste interesse público, para o que sentimos necessária uma pequena digressão rumo aos fundamentos da ordem jurídica da contemporaneidade.

De acordo com a moderna Teoria Política, o Estado contemporâneo tem sua justificação e legitimidade atreladas à idéia de *direitos fundamentais*, assim considerados aqueles que, por serem inerentes à pessoa humana, são indisponíveis e dela inafastáveis. Com efeito, cumpre ao Estado, nos dias atuais, a missão de proteger e promover os interesses dotados de jusfundamentalidade, atribuição esta que justifica e legitima a existência do ente político estatal e das instituições que lhe são relacionadas. A centralidade dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico pós-positivista é uma realidade, chegando a ser defendida a idéia de um *Grundrechtsstaat*, um Estado dos Direitos Fundamentais.

Esta ascensão dos direitos fundamentais à categoria de fundamento de justificação e legitimidade do Estado, no entanto, não teve o condão de ultrapassar a definição de Estado como instituição política voltada à satisfação dos interesses metaindividuais, cuja importância levou à aglomeração dos homens em comunidades, que se organizaram quanto ao exercício do poder político, dotando o novo ente de soberania.

Como adequar, então, o que se entende por Estado à nova realidade do Direito ocidental, consistente na sacralização dos direitos fundamentais como fatores de justificação estatal? A resposta parece-nos evidente, e se vincula à idéia de interesses públicos.

Isto porque um confronto lógico entre as duas concepções acima – a definição de Estado e a afirmação dos direitos fundamentais – leva à conclusão de que os interesses que se encontram hoje assinados à proteção e promoção pelo Estado, ou seja, os interesses públicos, têm os direitos fundamentais como seu conteúdo.

Indo ainda mais longe, consideramos que atualmente a idéia de interesses públicos só pode sobreviver validamente caso vinculada à de direitos fundamentais. Com isso, afasta-se o instituto do conceito autoritário de *raisons d'État*, adequando-o à nova realidade do Direito Público.

Por óbvio, remanesce a questão quanto a que interesses são considerados jusfundamentais pelo ordenamento jurídico. Embora não seja do interesse deste trabalho descer a minúcias quanto à categorização dos direitos fundamentais, parece-nos indispensável afirmar que aqui se trata dos direitos de *liberdade* – direitos civis e políticos, titularizados pelo indivíduo, oponíveis ao Estado (direitos de resistência ou oposição), que compõem a chamada *primeira geração*; adiciona-se a estes a dita *segunda geração*, que trata dos direitos da *igualdade* – direitos sociais, culturais e econômicos, que em sua maioria exigem prestações estatais, quase sempre remetidos à esfera programática; em seguida, vêm os direitos da *fraternidade* ou *solidariedade* – que se dirigem a todo o gênero humano: desenvolvimento, paz, meio-ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade, constituindo a *terceira geração*; uma *quarta geração*

²⁵ARAGÃO, Alexandre, *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 179 e 180.

trata dos direitos fundamentais oriundos da influência da globalização política na esfera da normatividade jurídica – direito à democracia, à informação, ao pluralismo; e, por fim, a quinta e última geração até hoje reconhecida, conquanto ainda passível de críticas, que se refere à bioética e ao biodireito.

Estes direitos fundamentais, de uma forma ou de outra, encontram-se vinculados à Constituição: podem constar expressamente do texto constitucional, como acontece com o rol de garantias jusfundamentais constantes do extenso art. 5º da Carta de 1988, ou ainda estar previstos em normas esparsas, mas que, por força da atual redação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, adquiriram *status* de norma constitucional.

Não é demais dizer, então, que *os interesses públicos correspondem à satisfação dos direitos fundamentais*, sendo, portanto, definidos por normas de natureza constitucional, o que, outrossim, corresponde à idéia de constitucionalização do Direito Administrativo.

Ressalte-se, por fim, que a assunção da identidade entre interesses públicos e direitos fundamentais só é possível com o prévio reconhecimento da aplicabilidade da idéia de ponderação aos interesses jusfundamentais²⁶, na medida em que se defende a ponderabilidade dos próprios interesses públicos.

Ainda que o interesse público, como expressão dos direitos fundamentais, seja previsto pela Constituição, como acima mencionado, é de se ver que sua aplicação pela Administração Pública, em concreto, pode levantar dúvidas quanto à sua materialização. Daí o motivo pelo qual a idéia de interesse público, tomada como fundamento da atuação administrativa, tem sua aplicação frequentemente associada às idéias de discricionariedade e de conceito jurídico indeterminado. E este ponto é de crucial importância para o Direito Econômico no que tange à justificação da atuação estatal como agente produtor: considerar o interesse público como conceito jurídico indeterminado, como ora proposto, acarreta a possibilidade de amplo controle da decisão adotada pelo Estado – inclusive pelo Judiciário – para legitimar a exploração direta de atividade econômica.

Sem embargo – e deixando para outra oportunidade uma discussão mais aprofundada, por não ser este o intuito do presente trabalho –, é de se ver que a idéia de interesse público tem natureza de conceito jurídico indeterminado²⁷, pressupondo uma zona de certeza, positiva ou negativa, na qual atuará a Administração Pública, admitindo-se o controle da decisão adotada.

Apesar, portanto, da indeterminação teórica do conteúdo de interesse público, é de se ver que, no caso concreto, a verificação deste conteúdo e de sua pertinência com os direitos fundamentais envolvidos permitirá a adoção de apenas uma opção pela Administração Pública, permitindo, outrossim, o controle, interno ou externo, da decisão administrativa²⁸.

²⁶Ver, a respeito da ponderabilidade dos direitos fundamentais, SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

²⁷De acordo com MOREIRA NETO (Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 228), conceitos jurídicos indeterminados são “juízos em tese, vagos, amplos, necessitando de precisão, (...) mas que, postos sob hipótese, sob um ponto de vista estritamente lógico, só admitirão uma única interpretação aplicativa legalmente adequada diante de determinada moldura de fatos, ou seja, comportam apenas uma única opção juridicamente correta do administrador, seja positiva ou negativa, mas não admitem escolhas intermediárias”.

²⁸Neste contexto, ALEXANDRE ARAGÃO (Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 178, nota) ressalta que, apesar de o Supremo Tribunal Federal já se ter posicionado pela impossibilidade de controlar conceitos jurídicos indeterminados como “urgência” e “relevância”, e mesmo com toda a carga de indefinição apresentada por tais conceitos, será sempre possível seu controle, através de uma zona de certeza negativa.

O caráter de conceito jurídico indeterminado reconhecido à idéia de interesse público torna possível o controle de sua aplicação pelo Poder Judiciário, seja averiguando a constitucionalidade e a legalidade das normas que definam esse interesse público, seja na fiscalização da legalidade orgânica, material, formal e teleológica dos diversos atos concretos de exercício da iniciativa econômica pública.

Desta forma, a legitimação constitucional dada à iniciativa econômica pública pelo art. 173 da Carta de 1988 revela uma preocupação com a persecução do interesse público – como, de resto, também o demonstra a preocupação com a prestação dos serviços públicos, com a regulação ou com a intervenção na concorrência.

Cumprido, neste passo, que o interesse público em tela, ainda que vinculado à garantia constitucional dos direitos fundamentais, deverá ser previsto por lei específica – estando, portanto, em algum nível, sujeito ao variável jogo político.

De todo modo, o princípio do interesse público não é só o justificador da atuação estatal no domínio econômico, mas também seu limitador. Isto porque o Estado, nas suas relações com os particulares – e, também assim, no exercício de intervenção sobre a economia –, não pode elidir a cláusula do interesse público, seja para perseguir interesses outros, não afetos à coletividade, seja para desenvolver uma atividade compressiva ou limitativa das liberdades e garantias individuais.

O legislador, desta forma, não pode conferir à Administração Pública o exercício de atividades econômicas em sentido estrito se não houver, subjacente a elas, um interesse público relevante, nem pode o administrador furtar-se à sua persecução.

Assim, encontrando-se vinculado pelo art. 173 da Constituição da República a orientar a iniciativa econômica estatal no sentido da persecução do interesse público, não poderá o legislador editar lei que habilite a Administração a exercer um poder ou competência sem que exista um interesse público subjacente – caso contrário, incorrerá a norma em flagrante inconstitucionalidade. Será inválida, por exemplo, a iniciativa econômica estatal que tenha por único objetivo a aferição de lucro, sem qualquer justificativa ou fundamento (nem mesmo remoto) na persecução do interesse público; tampouco será válida, nesta ordem de idéias, a criação de empresa paraestatal sem que a atividade por ela desenvolvida seja, nesse preciso momento, de interesse público, ou sem que persiga finalidades públicas, nem se integre aos fins do ente de Direito Público que a instituiu.²⁹

Resta uma questão a analisar, ainda no que concerne ao interesse público como fundamento e limite da atividade econômica estatal: verificando-se a existência de um interesse público na exploração, pelo Estado, de uma atividade econômica, tem este a *faculdade* de atuar no domínio econômico ou será a isto *obrigado*?

Trazemos, neste contexto, a douda lição de Paulo Otero, para quem,

*“tal como a Administração está normalmente obrigada a exercer os seus poderes quando o interesse público o exige, salvo os casos excepcionais em que é titular de um poder discricionário quanto à própria decisão de os exercer ou não, de igual modo a iniciativa econômica pública, enquanto poder integrante da competência, deve ser exercida – pelo legislador ou pela Administração – sempre que o interesse público o exigir.”*³⁰

²⁹Neste sentido, OTERO, Paulo, *op. cit.*, pp. 127/128.

³⁰*Op. cit.*, p. 129.

Havendo, portanto, um interesse público para cuja satisfação seja necessária a exploração de uma atividade econômica pelo Estado, não poderá o ente estatal se esquivar ao seu dever institucional, tornando-se, então, de acordo com o mestre luso, obrigatória sua atuação como agente econômico.

Há que se ver, porém, que, na atual sistemática constitucional brasileira, a Administração Pública não poderá agir enquanto não houver *lei específica* reconhecendo a existência do interesse público em questão e autorizando a exploração da atividade econômica pelo Estado – o que pode gerar situação de mora legislativa, ante uma eventual omissão do legislador.

Outrossim, daí decorre também outra conclusão: a de que, sempre que cesse a existência do interesse público que legitimava a intervenção estatal na órbita econômica, desaparece também a causa que a justificava, sendo então obrigatória a *privatização* ou *desestatização* de tal atividade, ou seja, a retirada do Estado do setor econômico em questão, com a devolução à sociedade da atividade econômica em sua plenitude – muitas vezes com a instituição de mecanismos de fiscalização e regulação, como autoridades administrativas independentes.³¹

Conclusão

Sendo a finalidade por excelência da própria existência da Administração Pública, a persecução do interesse público, com efeito, fundamenta a atividade econômica do ente estatal, legitimando sua atuação, desde que restrita aos moldes delimitados pelo legislador. Não é demais dizer, portanto, que a atividade econômica estatal, como, de resto, toda a atuação da Administração Pública, se justifica pela sua necessidade para a persecução do interesse público.

A inexistência de um interesse público que fundamente a exploração de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado, assim, acarreta a invalidade da iniciativa e dos diplomas legais que a fundamentem; a superveniência de uma cessação deste interesse, por seu turno, torna obrigatória, a nosso sentir, a *desintervenção*, com a devolução da atividade, em sua completude, à iniciativa privada, através de mecanismos como a desestatização. O setor empresarial estatal só pode existir se e somente na medida em que exista um interesse público que o legitime e justifique.

Nos dizeres de Paulo Otero, “o interesse público representa o fundamento, o limite e o critério da actuação económica pública e, conseqüentemente, da iniciativa económica pública”.³²

De qualquer maneira, como visto acima, a existência de um interesse público, por si só, não pode ensejar a atuação estatal sobre o domínio econômico: é preciso também que seja observado o princípio de subsidiariedade, sendo a abstenção estatal a regra e a intervenção, por seu turno, uma situação excepcional, motivada e legitimada pela necessidade de atender aos direitos fundamentais, conteúdo nuclear da idéia de interesse público.

O interesse público e o princípio da subsidiariedade, neste sentido, se apresentam como elementos estruturantes da configuração do setor empresarial do Estado, justificando o modelo de “economia mista” previsto pela Constituição de 1988 para o Estado brasileiro, que, embora seguidor da doutrina neoliberal e tendendo ao Estado Gerencial, mantém assegurada, graças ao art. 173 da Carta Magna, grande possibilidade

³¹Ver, a respeito do processo de desestatização, SOUTO, Marcos Juruena Villela. Desestatização – privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 4ª ed.

³²*Op. cit.*, p. 124.

de intervenção sobre a economia, como agente explorador de atividades econômicas em sentido estrito.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Direito dos Serviços Públicos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. “Regime Constitucional do Serviço Postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”. In SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). Revista da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. IX – Direito das Concessões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 130.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20.03.2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20.03.2007.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 01/1969. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20.03.2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 20.03.2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo em debate. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Desestatização – Privatização, concessões, terceirização e regulação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, 4ª ed.

_____. (Coord.) Direito Administrativo Empresarial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.