

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOB A ÓTICA DA SUBSIDIARIEDADE  
ESTATAL OU HORIZONTAL**

**Carin Prediger**

**Porto Alegre, 2005**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**A ATUAÇÃO DO ESTADO NA ORDEM ECONÔMICA DA  
CONSTITUIÇÃO DE 1988 SOB A ÓTICA DA SUBSIDIARIEDADE  
ESTATAL OU HORIZONTAL**

**Carin Prediger**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva.

**Porto Alegre, 2005**

Aos meus pais, com carinho

## **AGRADECIMENTOS**

Durante o longo período de pesquisa e elaboração deste trabalho, muitas pessoas foram importantes para que ele chegasse ao seu final. São tantas, que seria praticamente impossível enumerá-las sem correr o risco de cometer alguma omissão injustificável.

Gostaria de agradecer ao constante apoio e carinhoso estímulo da minha família e aos amigos, que tantas vezes prestaram auxílio e deram suporte - tanto no aspecto técnico quanto afetivo -, para que esta autora persistisse na conclusão desta dissertação. Aos colegas de trabalho, agradeço por todas as vezes em que demonstraram acreditar que o meu estudo contribuía para a formação de uma profissional mais qualificada. Aos meus alunos, agradeço pelo convívio que me traz o desejo de crescer cada vez mais como profissional do ensino e pelas dúvidas que apresentam, as quais permanentemente contribuem como um incentivo para que eu prossiga estudando. E, em especial, agradeço ao meu orientador, Dr. Almiro do Couto e Silva, pelo exemplo humano e profissional que representa para a autora desta dissertação.

## RESUMO

O presente trabalho procura examinar a possibilidade de a ordem econômica do Estado brasileiro vir a ser compreendida à luz do conceito de subsidiariedade.

Para tanto, na primeira parte, o texto apresenta a ordem econômica e suas oscilações, levando-se em consideração o enfoque liberal e o do Estado social, de modo a investigar a possibilidade de encontrar, nesse meio, os elementos do conceito de subsidiariedade. Resgata para tal fim os elementos da subsidiariedade contidos na obra de Hans Stadler, que a examinou como fundamento do federalismo suíço. A partir dessa delimitação, examinou-se a subsidiariedade sob a ótica da teoria dos princípios segundo a proposta de Humberto Ávila para o tema.

Na segunda parte, já traçados os contornos teóricos da subsidiariedade, a pesquisa foi direcionada à análise de um possível emprego do conceito e de seus elementos na configuração do grau de atuação do Estado brasileiro na ordem econômica da Constituição de 1988. A análise foi circunscrita ao agir estatal qualificável como intervenção mediante absorção (monopólio de atividades) e participação, bem como no que diz respeito à prestação de serviços públicos, porquanto, nesses temas, há uma preocupação mais direta em definir quais os espaços que devem ser ocupados pelo Estado e quais devem ser resguardados ou devolvidos à iniciativa privada.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Econômico.

## RÉSUMÉ

Cet essai a pour but de examiner la possibilité de l'ordre économique de l'État brésilien venir être compris à la lumière du concept de la subsidiarité.

Dans la première partie, nous avons présentés l'ordre économique et ces oscillations dans l'approche libérale et de l'État social, afin d'étudier la possibilité pour trouver, de cette façon, les éléments du concept de subsidiarité. Pour cela, nous avons pris pour référence l'oeuvre de Hans Stauder, qui a examinée le fédéralisme suisse, les éléments de ce concept. Ensuite, nous avons pris cette délimitation pour étudier ce sujet selon la proposition de Humberto Ávila.

Dans la deuxième partie, déjà des tracés des découpages théoriques de la subsidiarité, la recherche a été dirigée vers l'analyse de la possible utilisation du concept et de ses éléments dans la configuration du degré d'exécution de l'État brésilien dans l'ordre économique de la Constitution de 1988. L'analyse a été entourée quand l'État qualifiable agissant en tant qu'intervention au moyen d'absorption (monopole des activités) et participation, aussi bien que en disant respect au rendu public des services, puisque, dans ces sujets, il y a un souci plus direct en définissant quels espaces doivent être occupés par l'État, et ce qui doit être protégé ou retourné à l'initiative privée.

**Mots clés:** Droit Constitutionnel; Droit Administratif; Droit Économique.

## **ABREVIATURAS**

ABRAED - Associação Brasileira das Empresas de Distribuição

ACO - Ação Cível Originária

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANP - Agência Nacional do Petróleo

AP - Amapá

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CBTN - Companhia Brasileira de Energia Nuclear

CEMIG - Companhia de Energia Elétrica de Minas Gerais

CSN - Companhia Siderúrgica Nacional

Cf. - conforme

CNEN - Comissão Nacional de Energia Nuclear

DF - Distrito Federal

DL - Decreto-lei

EC - Emenda à Constituição

ECT - Empresa de Correios e Telégrafos

Ed. - editora

FMI - Fundo Monetário Internacional

FRANAVE - Companhia de Navegação do São Francisco Sociedade Anônima

INB - Indústrias Nucleares do Brasil Sociedade Anônima

IPVA - Imposto sobre veículos automotores

MC - Medida cautelar

Min. - Ministro

n. - número

PE - Pernambuco

PND - Programa Nacional de Desestatização

PPP's - parcerias público-privadas

QO - Questão de ordem

RE - Recurso Extraordinário

Rel. - Relator

RJ - Rio de Janeiro

SICON - Sistema de Informações do Congresso Nacional

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STF - Supremo Tribunal Federal

TCE - Tratado da Comunidade Européia

TUE - Tratado que institui a União Européia

v. - volume

## SUMÁRIO

Introdução.....	11
<b>Parte I –Subsidiariedade e a atuação do Estado na ordem econômica.....</b>	<b>21</b>
<b>1. Estado e diferentes formas de atuação na ordem econômica.....</b>	<b>21</b>
1.1 - Estado e ordem econômica.....	21
1.2–A ordem econômica no Estado liberal e no Estado social.....	25
1.3 A ordem econômica no Estado brasileiro e a Constituição de 1988.....	28
<b>2. A subsidiariedade e seus elementos.....</b>	<b>33</b>
2.1 Os elementos da subsidiariedade segundo Hans Stadler.....	34
2.2 – As imperfeições do termo normativo.....	40
2.3 - Subsidiariedade e teoria dos princípios.....	46
<b>3. Subsidiariedade e ordem econômica.....</b>	<b>60</b>
3.1 – Enfoques da subsidiariedade aplicáveis à ordem econômica: subsidiariedade estatal ou horizontal.....	60
3.2 - Os elementos da subsidiariedade estatal ou horizontal na ordem econômica.....	63
3.3 – Destinatários e aplicação da subsidiariedade na ordem econômica .....	70
<b>Parte II – A atuação do Estado na ordem econômica mediante absorção, participação e prestação de serviços públicos sob a ótica da subsidiariedade na Constituição de 1988.....</b>	<b>73</b>
<b>4. A intervenção do Estado mediante absorção: monopólio estatal e subsidiariedade.....</b>	<b>76</b>
4.1 – O monopólio e a sua configuração na Constituição de 1988.....	76
4.2 - Análise e aplicação da subsidiariedade como termo normativo positivo.....	79

<b>5. A subsidiariedade estatal e a intervenção no domínio econômico por intermédio de participação: o art. 173 da CF .....</b>	<b>96</b>
5.1 - Panorama da subsidiariedade estatal ou horizontal: oscilações entre o predomínio do termo normativo negativo e positivo.....	96
5.2 - Configuração na Constituição de 1988: o art. 173 e os elementos da subsidiariedade.....	99
<b>6. A prestação de serviços públicos segundo o art. 175 da CF e a subsidiariedade....</b>	<b>114</b>
6.1 - O art. 175 da Constituição de 1988 e a subsidiariedade.....	116
6.2 - Reflexos dos elementos da subsidiariedade do art. 175 da Constituição: o contrato de concessão e a forma de suprir as lacunas de atuação estatal.....	130
<b>Conclusão.....</b>	<b>135</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>141</b>

## SUMÁRIO

Introdução.....	8
<b>Parte I –Subsidiariedade e a atuação do Estado na ordem econômica.....</b>	<b>17</b>
<b>1. Estado e diferentes formas de atuação na ordem econômica.....</b>	<b>17</b>
1.1 - Estado e ordem econômica.....	17
1.2–A ordem econômica no Estado liberal e no Estado social.....	21
1.3 A ordem econômica no Estado brasileiro e a Constituição de 1988.....	25
<b>2. A subsidiariedade e seus elementos.....</b>	<b>30</b>
2.1 Os elementos da subsidiariedade segundo Hans Stadler.....	31
2.2 – As imperfeições do termo normativo.....	37
2.3 - Subsidiariedade e teoria dos princípios.....	43
<b>3. Subsidiariedade e ordem econômica.....</b>	<b>57</b>
3.1 – Enfoques da subsidiariedade aplicáveis à ordem econômica: subsidiariedade estatal ou horizontal.....	57
3.2 - Os elementos da subsidiariedade estatal ou horizontal na ordem econômica.....	61
3.3 – Destinatários e aplicação da subsidiariedade na ordem econômica .....	68
<b>Parte II – A atuação do Estado na ordem econômica mediante absorção, participação e prestação de serviços públicos sob a ótica da subsidiariedade na Constituição de 1988.....</b>	<b>71</b>
<b>4. A intervenção do Estado mediante absorção: monopólio estatal e subsidiariedade.....</b>	<b>74</b>
4.1 – O monopólio e a sua configuração na Constituição de 1988.....	74

4.2 - Análise e aplicação da subsidiariedade como termo normativo positivo.....	77
<b>5. A subsidiariedade estatal e a intervenção no domínio econômico por intermédio de participação: o art. 173 da CF .....</b>	<b>93</b>
5.1 - Panorama da subsidiariedade estatal ou horizontal: oscilações entre o predomínio do termo normativo negativo e positivo.....	93
5.2 - Configuração na Constituição de 1988: o art. 173 e os elementos da subsidiariedade.....	97
<b>6. A prestação de serviços públicos segundo o art. 175 da CF e a subsidiariedade...</b>	<b>112</b>
6.1 - O art. 175 da Constituição de 1988 e a subsidiariedade.....	114
6.2 - Reflexos dos elementos da subsidiariedade do art. 175 da Constituição: o contrato de concessão e a forma de suprir as lacunas de atuação estatal.....	128
<b>Conclusão.....</b>	<b>133</b>
<b>Referências bibliográficas.....</b>	<b>137</b>

## INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 1956, uma decisão do Conselho de Estado francês admitiu a licitude da instalação, em Périgueux, de um serviço municipal de fabrico de gelo alimentar, em um momento em que o único produtor privado não atendia suficientemente a essa necessidade.<sup>1</sup> No Brasil, em 25 de abril de 2000, o STF decidiu que o transporte aquaviário interestadual de produtos agrícolas para empresas privadas, que deixara de ser prestado por empresa estatal, não configurava serviço de interesse público. Por isso, a omissão do Estado em prestá-lo, decorrente de lei que o incluía no programa de desestatização, não ensejaria responsabilidade estatal. Concluiu-se pela ausência do dever de o poder público indenizar empresa privada que dele esperava aquele tipo de transporte para fazer circular as suas mercadorias.<sup>2</sup>

Ainda que sejam aparentemente bem diversos, os casos citados gravitam em torno de um mesmo assunto, qual seja, a definição de quais são os espaços que devem ser reservados para a atuação da iniciativa privada e em que casos deve o Estado exercer atividade econômica. Até que ponto deve o Estado assumir a execução de atividades nesse cenário e que fatores indicam qual deve ser a medida desse agir?

---

<sup>1</sup> LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Económico*. Coimbra: Almedina, 1985. p. 232-233.

<sup>2</sup> RE 220.999-7/PE. Rel. Min. Marco Aurélio. STF, 2ª Turma, julgado em 25/04/2000.

Existem doutrinadores, como Gaspar Ariño Ortiz<sup>3</sup>, que tributam a delimitação das proporções dessa atividade ao chamado “princípio da subsidiariedade”, apesar de outros rejeitarem tal possibilidade.<sup>4</sup>

Na busca de uma definição do que constituiria a noção de subsidiariedade, constata-se que o tema, embora seja evocado na atualidade, no âmbito da ordem econômica, não é recente no que diz respeito à sua essência.

Em um sentido mais literal, “subsidiariedade” inicialmente pode evocar a conotação de idéia “secundária”, aplicável quando outra, tida como “principal”, não o seja. Um exame mais acurado aponta que o significado da subsidiariedade não é, contudo, apenas este.

A subsidiariedade tomou forma como conceito a partir da doutrina social da Igreja Católica<sup>5</sup>, mais precisamente, na encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), de lavra do Papa Pio XI. Nesse documento, foi consagrada como princípio da filosofia social, segundo o qual toda a tarefa que possa ser realizada pelo indivíduo ou pelas comunidades menores não lhes deve ser retirada, porque cabe à sociedade, como ente maior, auxiliar os entes menores, e não neles intervir de modo a que sejam eliminados ou absorvidos.

---

<sup>3</sup> ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico: modelos de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Editorial Comares, 2001.

<sup>4</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

<sup>5</sup> A doutrina social da Igreja Católica consiste no ideal, por ela preconizado, ou postura desta, voltado à observação da sociedade e dos acontecimentos políticos e sociais que afetam seu desenvolvimento, para ajudar povos e governantes na realização de uma vida social mais justa e harmoniosa, com o emprego de métodos evoluídos e pacíficos, como a pregação de reformas sociais (LIMA, Alceu Amoroso. *As encíclicas sociais de João XXIII*: introdução. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963. p. 15, 529).

Nesse sentido, previa o texto da encíclica que

*“deve, todavia, ficar firme o princípio importantíssimo na filosofia social: isto é, como é ilícito tirar aos indivíduos o que eles podem fazer com suas próprias forças e indústria para confiá-lo à comunidade, assim é injusto incumbir a uma maior e mais alta sociedade o que pelas menores e inferiores comunidades pôde ser feito. Este é ao mesmo tempo um grave prejuízo e uma perturbação para a reta ordem social; porque o objeto natural de qualquer intervenção da mesma sociedade, é o de auxiliar de modo completo os membros do corpo social, não já destruí-los e absorvê-los”(sic).<sup>6</sup>*

Assim formulado, o conceito de subsidiariedade mostrou tamanha amplitude, que passou a ser empregado em áreas distintas (não restritas aos teóricos da Igreja Católica), tais como a econômica, a social, a política e a jurídica. Nestas áreas, encontra-se associado a temáticas voltadas à descentralização do poder e à definição de competências; além disso, auxilia a que se distribua a atribuição de realização de tarefas de modo a que estas não fiquem concentradas em um único responsável.

A doutrina sobre a subsidiariedade relata que seu conceito já fora objeto de abordagem – ainda que indiretamente, sem estabelecer-lhe uma denominação -

---

<sup>6</sup> Cf. versão publicada em *Carta Encíclica Quadragesimo Anno - sobre a restauração da ordem social*, escrita a sua versão pelo padre Felícia Magaldi, p. 48.

nas obras de Aristóteles e São Tomás de Aquino, e, posteriormente, retomada, nos séculos XVIII e XIX, por pensadores tais como Althusius, Proudhon, Hegel, Tocqueville, Ketteler, von Mohl e Jellinek.<sup>7</sup>

Cabe frisar, contudo, que a concepção que lhe deu formulação explícita foi, sem dúvida a da doutrina social da Igreja Católica.

A subsidiariedade não foi abordada pela Igreja somente pela encíclica *Quadragesimo Anno*. Na verdade, ela já merecera tratamento na encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, em 1891.<sup>8</sup> Nesta, a subsidiariedade surge sem menção expressa, ao proceder Leão XIII a defesa do incremento de entidades intermediárias entre o Estado e os indivíduos, de caráter associativo, cuja função primordial seria de minorar as desigualdades

---

<sup>7</sup> A influência dos citados pensadores na formação da subsidiariedade pode ser consultada em STADLER, Hans. *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus: ein Beitrag zum schweizerischen Staatsrecht*. Freiburg i. d. Schweiz: Universitätsbuchhandlung, 1951; ISENSEE, Josef. *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht: eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997; MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993; QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995; DEUERLEIN, Ernst. *Föderalismus: die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips*. München: Paul List, 1972; LECLERCQ, Claude. *L'État fédéral*. Paris, Dalloz, 1997; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *El principio de subsidiariedad y la administración local*. Madrid: Marcial Pons, 1999; LATAILLADE, Iñigo Caveró. El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, v. 18, p. 123,145, 1994; RINELLA, Angelo. Il principio di sussidiarietà. In: RINELLA, Ângelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto (org.). *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali – Esperienze a confronto. Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste*, Padova, fascicolo n. 4, 1999. Um exame minucioso da contribuição de cada pensador para a formação da noção de subsidiariedade foge aos objetivos do presente trabalho.

<sup>8</sup> A encíclica *Quadragesimo Anno* justamente foi editada ao se completarem quarenta anos da encíclica *Rerum Novarum*.

entre a classe operária e a classe patronal. Ao Estado caberia o papel de proteger estas sociedades fundadas segundo o direito, mas sem, com isso, nelas intervir.<sup>9</sup>

Em 1961, o Papa João XXIII publicou a encíclica *Mater et Magistra*, em que mais uma vez foi evocado o princípio de subsidiariedade. Nos itens 51 a 58 desse documento, foi apresentada a posição da doutrina da Igreja a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico. Essa parte da encíclica aponta, em primeiro plano, a iniciativa privada como agente principal da atividade econômica (item 51). Em seguida, refere como necessária, entretanto, a presença do Estado na economia, com o fim de promover o desenvolvimento e, com isso, fazer progredir a vida social em benefício da coletividade (item 52). A ação do Estado nesse âmbito, no dizer do texto pontífice, deve proteger, estimular, coordenar, suprir e completar a atividade dos particulares, segundo o princípio da subsidiariedade (item 53). O agir estatal na economia é visto como capaz de reduzir os desequilíbrios entre os vários setores da produção, entre regiões, e mesmo entre as nações. Pode também limitar as oscilações econômicas e o desemprego em massa, adotando, para tanto, ações mais amplas e multiformes, possíveis de serem assumidas em razão dos progressos científicos e técnicos de produção (item 54). A adoção de tais medidas interventivas é pregada pela encíclica, porém sob a condição de que deva resguardar a liberdade dos particulares de desenvolver uma atividade produtiva e proteger os *direitos fundamentais da pessoa humana* (*sic*, item 55). No setor econômico, prega que a ação que possibilita a prosperidade da sociedade deva ser conjunta, dos governantes e dos cidadãos (item 56). Onde faltar a iniciativa privada, alerta que se pode instalar a tirania política e a

---

<sup>9</sup> BECKER, D. João. *Segunda Carta Pastoral* - expondo ao clero e aos fieis de sua archidiocese a encyclica *Rerum Novarum* do S. Pontifice Leão XIII. Porto Alegre: Typographia do Centro, 1914. p. 38-43.

estagnação; onde for nula e insuficiente a intervenção estatal, afirma o texto, que podem os mais poderosos abusar da miséria dos demais em benefício próprio (itens 57 e 58).<sup>10</sup>

*Pacem in Terris* foi a encíclica publicada logo após *Mater et Magistra*, em 1963, e que deu seqüência às idéias desenvolvidas no texto papal anterior, estendendo-as para o plano internacional. Reforça a idéia já desenvolvida de que a autoridade pública deve intervir na economia, para harmonizar, promover e proteger os direitos da pessoa, tomando o cuidado de não eliminar, com isso, a liberdade de ação dos particulares, que deve ser aumentada (item 65). Menciona expressamente o princípio de subsidiariedade (item 140) como orientação à definição de competências no plano internacional: somente devem ser resolvidas questões econômicas, sociais, políticas ou culturais por organismos internacionais, naquilo que disser respeito ao bem comum universal, ou que não possa, pela sua complexidade e urgência, ser enfrentado por cada Estado.<sup>11</sup>

A edição da encíclica *Rerum Novarum* tinha como pano de fundo a grande diferença socioeconômica entre operários e burguesia. Atribuía-se a situação de miséria e de exploração do operariado aos excessos do liberalismo<sup>12</sup>, que, na sua versão

---

<sup>10</sup> MESQUITA, Luís José de. *As encíclicas sociais de João XXIII. Mater et Magistra: comentários atualizados com a Pacem in Terris*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963, p. 147-170.

<sup>11</sup> O texto da encíclica encontra-se reproduzido em MESQUITA, *op. cit.*. Os itens referidos encontram-se nas páginas 598 e 613.

<sup>12</sup> O Estado liberal surgiu do movimento revolucionário da burguesia, no intuito marcadamente individualista de assegurar a esta uma igualdade *formal* e a sujeição do Estado à legalidade – o Estado de Direito – de modo a limitar a intervenção do poder estatal sobre os direitos individuais do homem e do cidadão. Essa situação de não-intervencionismo extremado abriu espaço a situações de exploração dos trabalhadores, com péssimas condições de trabalho, remuneração e direitos. A intervenção estatal, caso ocorresse, era exceção. A propósito, ver MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed., rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 78 a 84.

clássica, apontava para a não-intervenção estatal em assuntos considerados privados, tais como as relações capital-trabalho<sup>13</sup>. Quando da publicação de *Quadragesimo Anno*, o contexto histórico mundial era diverso, marcado, então, pelo alastramento do regime comunista na Rússia e o crescimento do fascismo na Itália. Eis, aqui, o motivo de sua preocupação em defender do excesso de intervenção estatal os entes que surgiam em uma linha intermediária entre os indivíduos e o Estado, tais como sindicatos, associações e agremiações em geral.

Na década de 60, no século XX, quando publicadas *Mater et Magistra* e *Pacem in Terris*, permanecia a marca das desigualdades sociais no mundo. A carência de justiça social oportunizava a que o texto papal incitasse à busca do equilíbrio entre a liberdade de iniciativa das pessoas e a intervenção do Estado (quando verificado o abuso, o monopólio, a exploração indevida dos menos afortunados) e também a necessidade de o Estado capitanear setores para impeli-los ao desenvolvimento. A medida da intervenção estatal na economia era proposta, pois, sob a forma do princípio de subsidiariedade. No plano internacional, a guerra fria estabelecida entre os Estados polarizados sob o domínio capitalista ou comunista fez com que a pregação da doutrina social se voltasse à paz entre os povos e à manutenção de organismos internacionais que pudessem intervir em alguns assuntos internos aos países, quando necessário, e igualmente sob a medida da subsidiariedade.<sup>14</sup> Em 1991, João Paulo II retoma o princípio como irrenunciável diante da realidade social, na Encíclica *Centesimus Annus*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> LIMA, op. cit., p. 12-24.

<sup>14</sup> A propósito, ver LIMA, op. cit., p. 15-56.

<sup>15</sup> KUTTENKEULER, Benedikt. *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzip im Grundgesetz: ein Beitrag zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für die Kompetenzabgrenzung im Bundestaat*. Frankfurt am Main: Peter

Em todos os textos papais, evidencia-se a solidificação da idéia de que a subsidiariedade constitui um conceito que encontra aplicação quando existirem necessidades na área econômica que reclamam a ação do indivíduo ou da estrutura do Estado. Nesse meio, destina-se a estabelecer uma medida entre as posturas de não-ingerência do poder público nos assuntos privados e de intervenção. Mediante sua aplicação, procura-se evitar os excessos ocasionados pela primeira postura, ou ainda, a eliminação da iniciativa dos indivíduos que decorreria do abuso da segunda. Neste sentido, seu emprego é recomendado para o alcance de determinados fins – o primeiro seria atingir o bem comum. Este seria obtido indireta ou mediatamente, desde que conquistado outro fim, residente na dignidade da pessoa humana. Igualmente se entende a descentralização do poder como fim buscado por intermédio do emprego da subsidiariedade. A vinculação à busca destes fins, que obriga à intervenção do Estado na economia, acabará por determinar, segundo alguns, como Ariño Ortiz, a sua aplicação na ordem econômico-constitucional nacional. Para outros, como Vital Moreira, o seu cunho forjado para um Estado liberal e a ausência de consagração expressa em textos constitucionais impediria tal cogitação.

Ainda que haja divergência, o tema reveste-se de atualidade, porquanto o que se tem vislumbrado nas duas últimas décadas é justamente um aparente embate que se estabelece entre posicionamentos que defendem um suposto “afastamento” do Estado das atividades do campo econômico, o qual, para muitos, seria representativo de uma retomada do liberalismo, ainda que sob nova roupagem, e aqueles que propõem a

---

lang, 1998, p. 28. LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 237-240.

indispensabilidade da intervenção estatal. No momento em que se tem um conceito ao qual é justamente atribuído um repensar acerca dos limites entre a ação pública no setor privado, e a medida do dever que pode impelir a essa ação estatal, seu exame merece mais do que passagens rápidas e citações que remontam à doutrina social da Igreja - requer uma apreciação de técnica jurídica, para delimitação, apreciação, e, eventualmente, crítica.

O presente trabalho procura justamente examinar se a ordem econômica de um Estado pode ser compreendida à luz do conceito de subsidiariedade. Nessa busca, o texto inicia com o estudo da ordem econômica e de suas oscilações segundo o enfoque liberal e do Estado social, de modo a investigar se é possível encontrar nesse meio os elementos do conceito de subsidiariedade. Inclusive, diante da quantidade de textos doutrinários que se reportam ao tema, sem, todavia, delimitá-lo como conceito, os elementos da subsidiariedade são extraídos da doutrina que a estudou como fundamento do federalismo suíço, mais precisamente, na obra de Hans Stadler<sup>16</sup>. A partir dessa delimitação é que a pesquisa se dedicou - face ao tratamento uniforme dispensado à expressão, qualificando-a como “princípio” - a examinar a subsidiariedade segundo a teoria dos princípios, mais precisamente, segundo a proposta de Humberto Ávila para o tema.

De posse de uma delimitação teórica da subsidiariedade, a pesquisa foi direcionada à análise de um possível emprego, ainda que implícito, na configuração do grau de atuação do Estado brasileiro na ordem econômica da Constituição de 1988. Essa análise restringe-se ao agir que pode ser qualificado como intervenção mediante absorção

---

<sup>16</sup> STADLER, *op. cit.*

(monopólio de atividades) e participação, bem como no que diz respeito à prestação de serviços públicos, visto que, nesses temas, há uma preocupação mais direta em definir quais os espaços que devem ser ocupados pelo Estado e quais devem ser resguardados ou devolvidos à iniciativa privada.

## Parte I – Subsidiariedade e a atuação do Estado na ordem econômica

### 1. Estado e diferentes formas de atuação na ordem econômica

#### 1.1 Estado e ordem econômica

Mercado é um setor exclusivo do agir da iniciativa privada? Ou deve o Estado incluir nos seus compromissos o exercício de algumas tarefas nesse setor? Em que medida algumas ações estatais – por ele consideradas essenciais à vida em coletividade –, qualificadas como serviço público, não configuram verdadeira atividade econômica?

A resposta a essas questões refere-se ao papel fundamental atribuído às normas que se propõem a delinear nas Constituições a ordem econômica de um Estado.

Segundo Eros Roberto Grau, a expressão *ordem econômica* refere-se a uma parcela da ordem *jurídica* que vem a institucionalizar um determinado modo de produção econômica.<sup>1</sup> Trata-se, pois, da *realidade* da vida econômica que as normas jurídicas refletem ou condicionam, definindo qual é a *ordem econômica* buscada.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 61.

<sup>2</sup> SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: SAFe, 2000. p. 32.

As normas constitucionais que integram a hoje chamada “ordem econômica” pedem, para sua compreensão à luz da subsidiariedade, que seja traçado um breve panorama entre os momentos históricos que lhes imprimiram diferenças significativas.

Antes do advento das Constituições escritas, cada sociedade já possuía, dentre as normas jurídicas existentes, algumas destinadas a promover a institucionalização da ordem econômica apresentada no mundo dos fatos, descrevendo-a.<sup>3</sup> Após o surgimento dessas Constituições, a apresentação de tais normas jurídicas voltadas ao plano econômico apresentou-se acentuadamente distinta em dois grandes períodos.

No momento histórico marcado pelo liberalismo, as Constituições não se ocupavam em estabelecer normas destinadas a intervir na realidade para modificá-la. Apresentavam disposições que retratavam a ordem econômica praticada no mundo dos fatos, pois havia a compreensão, à época, de que a realidade (“mundo do ser”) não precisava sofrer alterações. Cabia à Constituição apenas fazer menção à garantia da propriedade privada e da liberdade contratual.

Após a Revolução Industrial, operada no século XIX, o panorama constitucional foi alterado, de modo a contemplar normas voltadas a corrigir distorções verificadas na ordem econômica “real”. A finalidade das normas constitucionais já não

---

<sup>3</sup> GRAU, op. cit., p. 61-62. Nessa linha, apontam também Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, e Ney PRADO. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 96, p. 126-127, out/dez 1987, que identificam a existência de um sistema econômico descritivo – que reflete a realidade ou o “mundo do ser” – e o sistema econômico normativo, destinado a impor limites, balizas e ideais.

mais é refletir a realidade, porém, incidir sobre ela, para permitir a sua transformação.<sup>4</sup> Estas normas constitucionais possibilitaram a que o Estado atuasse na ordem econômica real, de modo dirigista e intervencionista. Admitida a adoção do modelo capitalista, as normas de Direito Econômico atuam sobre esse modelo, para corrigir suas distorções e com isso defendê-la e preservá-la.<sup>5</sup> Em outras palavras, verificada a crise no liberalismo, ocorre a intervenção estatal na economia para saná-la. É importante ressaltar que o Estado não pretendeu com isso retirar de todo a liberdade econômica das empresas, porém, garantir a sua manutenção diante da concentração econômica produzida no auge da Revolução Industrial.<sup>6</sup>

Neste sentido, Eros Roberto Grau emprega a expressão “ordem econômica” para delimitar as normas que estão integradas em uma Constituição **dirigente**. Vale salientar que este propósito de correção das distorções também motivou a criação de normas infraconstitucionais nos Estados intervencionistas – em especial, no domínio dos Direitos Administrativo<sup>7</sup>, Econômico<sup>8</sup>, Tributário e do Trabalho – no intuito de amenizar as disfunções e desigualdades ocasionadas pelo liberalismo exacerbado<sup>9</sup>. Instrumentos

---

<sup>4</sup> MOREIRA NETO; PRADO, Ney op. cit., p.127; GRAU, op. cit., p. 63.

<sup>5</sup> GRAU, op. cit., p. 64.

<sup>6</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, op. cit., p.222-224.

<sup>7</sup> Merecem referência exemplificativa aqui as ações que em boa parte caracterizaram o chamado *Estado empresário*: a estatização de empresas, os investimentos na participação do capital de sociedades de natureza mercantil - mistas com o capital público e privado -, e a criação de empresas de capital público - mas atuantes no setor privado - por sua iniciativa. Veja-se, a propósito, MEDAUAR, 2003a, op. cit., p. 88.

<sup>8</sup> No âmbito do Direito Econômico, vale citar como exemplo a legislação antitruste, que, ao lado de preservar o modelo capitalista eleito, de modo a que ele não seja nocivo contra si mesmo, eliminando atores importantes do mercado, serve como instrumento de aplicação de políticas públicas. Isso porque, no dizer de Paula FORGIONI, tais normas oferecem elementos para que as decisões da Administração orientem os grandes grupos empresariais à realização do processo de desenvolvimento da forma como este for desejável. Pode, nesse sentido, diante das finalidades da ordem econômica definidas na Constituição, orientar em direção à não-aplicação das regras antitruste. Cita a autora vários exemplos, dentre os quais, a pouca aplicação do *Sherman Act*, nos EUA, nos primeiros anos que se seguiram à sua promulgação, que seria devido ao fato de que o governo não queria se indispor com o empresariado e obstar o crescimento industrial. (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 170-177).

<sup>9</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e PRADO, Ney. Op. cit., p.127; MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em evolução. 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: RT, 2003, p. 82-83.

legislativos de correção de distorções tornaram viável a busca pela implementação de objetivos maiores, como a dignidade da pessoa humana, igualmente definidos pela Constituição.

As duas formas de tratamento dadas à ordem econômica na esfera constitucional, destacadas acima, revelam a existência, no curso da História, de uma oscilação entre a prevalência da concepção segundo a qual é prescindível a atuação do Estado no domínio econômico e o entendimento de que o Estado deve agir, regular, enfim, atuar positivamente nessa seara.

Isso significa que há alternância entre a idéia de que o indivíduo (ou seja, as pessoas privadas) deve ter liberdade para exercer atividades econômicas sem que o Estado lhe substitua, prive ou reduza essa possibilidade, e a idéia de que cabe, sim ao Estado, atuar nesse âmbito, seja para que ele exerça diretamente esse tipo de atividade, seja para estabelecer limites à ação privada nesse campo. Ou ainda, para alçar alguma função essencial à coletividade à condição de serviço público.

Na verdade, essas idéias estão a traduzir a existência de uma outra, que lhes está subjacente: a de que o agir do Estado no plano da economia pode ser secundário em relação ao da iniciativa privada. A idéia da “normalidade” reside no fato de que os entes privados teriam, nesse campo, a primazia de ação, cabendo ao Estado, porém, agir, quando aos privados não fosse possível fazê-lo. E que, em ocorrendo tal situação, a titularidade da ação pode passar a ser estatal. Encontramos, deste modo, a idéia inicial de subsidiariedade.

## 1.2 A ordem econômica no Estado liberal e no Estado social

A relação de pertinência entre a idéia de subsidiariedade e a ordem econômico-constitucional advém justamente do reconhecimento da oscilação mencionada acima.

Isto quer dizer que, em cada Estado, em cada época, segundo as condições reinantes nos meios social, econômico e cultural, a intervenção do Estado na prestação de serviços públicos, exercício direto de atividade econômica, ou criação de infra-estrutura para a fruição da sociedade, poderá ser aceitável em maior ou menor grau. Nos Estados mais desenvolvidos, em regra os serviços de interesse geral da população são prestados com um bom padrão de qualidade e maior grau de universalidade da prestação. Nestes Estados, tem-se como mais viável ir retirando, aos poucos, o Estado da condição de protagonista no oferecimento e prestação de alguns serviços<sup>10</sup>, para que ele possa dedicar-se a questões indelegáveis ao setor privado, tais como a segurança, a justiça, as relações exteriores, a polícia. Substitui-se, em parte, o predomínio da atuação estatal em áreas como a financeira, a comercial e a industrial, pela atuação maciça dos particulares.<sup>11</sup> Em Estados cuja sociedade se mostre menos desenvolvida ou enfrente condições adversas, é possível que seja dada prioridade à atuação estatal na prestação de serviços e infra-estruturas em geral, tal como ocorreu nos Estados europeus do pós-guerra e na Espanha, nos anos 40,

---

<sup>10</sup> ORTIZ, op. cit., p. 110-111.

<sup>11</sup> DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas. 2. ed. r ev. e atualizada, 1997. p. 23-25.

após a guerra civil.<sup>12</sup> No Brasil, a atuação do Estado nessa área foi especialmente marcante entre os anos 30 e 90 do século passado.

Na primeira hipótese descrita, encontramos evidente a subsidiariedade da ação estatal: o Estado deixa aos particulares a execução de tarefas que por esses possam ser realizadas de modo eficiente. Deixa-se-lhes a primazia de atuação nas áreas comercial, industrial e financeira.

Cabe ressaltar que essa é uma marca característica do Estado liberal. A não-ingerência do Estado na área econômica somente cederia o passo nas hipóteses em que a iniciativa privada se apresentasse omissa, desinteressada ou incapaz.<sup>13</sup> Salvo exceções, a função do Estado era de garantidor da liberdade de mercado e da propriedade, garantia esta efetivada pela reafirmação da existência do Direito<sup>14</sup>. Em alguns setores - por necessidade, ou outros fatores que justificassem a excepcionalidade da medida - , o período liberal oportunizou a que o Estado não atuasse diretamente na área econômica, deixando a atuação aos entes privados, por que recorria, por exemplo, ao instituto da concessão de obra pública, espécie de contrato que estaria originalmente ligado ao da concessão de serviços públicos. Por seu intermédio, o Estado do século XIX, carente de recursos, confiava a

---

<sup>12</sup> ORTIZ, op. cit., p. 110-111.

<sup>13</sup> A afirmação é atribuída a Adam Smith, e encontra-se mencionada, como referência ao princípio da subsidiariedade, em SOUZA, Washigton Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 6 e CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Agências de regulação no ordenamento jurídico-econômico brasileiro*. Porto Alegre: SAFe, 2000, p. 9. MEDAUAR (op. cit., 2003a, p. 81) salienta que o absentéismo do Estado não se dava em termos absolutos, sendo derogado em algumas ocasiões que revelavam deficiência transitória em algum setor ou mesmo em caráter emergencial, tais como a construção, direção e controle de ferrovias, o financiamento público de algumas empresas, etc. Manuel GARCÍA-PELAYO (*Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 4. ed. Madrid: Alianza, 1995. p. 18-20) adverte para o fato de que o Estado liberal intervinha com o objetivo de remediar alguns de seus efeitos mais nocivos, enquanto que o Estado social pretende, pela intervenção, antecipadamente controlar os efeitos mediante uma programação integrada e sistemática.

<sup>14</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 219-221.

particulares a execução de grandes obras - tais como vias férreas e instalações ferroviárias, redes de distribuição de água, iluminação a gás e eletricidade – e lhes permitia, em contrapartida, a prestação remunerada do serviço à população. Ao término do contrato, o Estado recebia a obra, e os particulares teriam usufruído os rendimentos advindos com a exploração do serviço. Essa situação somente foi vantajosa para ambas as partes enquanto se manteve a estabilidade monetária, aniquilada após os conflitos mundiais.<sup>15</sup>

No segundo caso, é reservado ao Estado o papel de protagonista no desempenho das mais diversas funções, porque os entes privados – organismos de menores proporções – não estão munidos de condições para a execução de tarefas que envolvam maior complexidade, extensão ou aporte financeiro. Esse modo de ação estatal manifestou-se no auge do *Welfare State*, ao se constatar que a total ausência do Estado na disciplina das atividades econômicas privadas abriu espaço às desigualdades sociais, bem como pela verificação de que as carências dos cidadãos - reveladas em vários setores - deveriam ser supridas pela atuação estatal direta na prestação de serviços públicos e mesmo na atividade financeira do pós-guerra<sup>16</sup> - eis o motivo da denominação de Estado social, Estado prestacionista, ou do bem-estar. Nesse período, a ampliação dos serviços públicos a serem assumidos pelo Estado levou-o a buscar modelos de instituições que permitissem a sua atuação com mais agilidade nesse campo. Graças ao processo de descentralização, o Estado passou a criar pessoas jurídicas de Direito Privado – sociedades de economia mista e empresas públicas - que, apesar de integrarem a esfera pública, seriam regidas por normas mais flexíveis, capazes, portanto, de atender à demanda de prestação de serviços de

---

<sup>15</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 209, jul-set. 1997, p. 57-58.

<sup>16</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 39.

natureza comercial ou industrial com mais rapidez e eficiência.<sup>17</sup> Uma das razões que teriam determinado a atuação do Estado no setor empresarial seria a possibilidade de com isso atingir mais prontamente metas de política econômica do que pelo ciclo da economia deixado a cargo unicamente dos particulares.<sup>18</sup>

A preocupação em inserir normas voltadas à ordenação do espaço econômico da sociedade, disciplinando qual é o papel do Estado nesse tema, passa a receber papel destacado e capítulo próprio na Constituição de Weimar, de 1919. Reporte-se-lhe a doutrina, qualificando-a como inspiração para outros textos constitucionais, tais como a Constituição Federal do Brasil de 1934, a primeira no nosso país a dedicar um título à “Ordem Econômica e Social”.<sup>19</sup>

### **1.3 A ordem econômica no Estado brasileiro e a Constituição de 1988**

No Brasil, a atuação do Estado na ordem econômica, por meio da ação direta, deu-se em boa parte de modo supletivo à ação da iniciativa privada. Ou seja, em alguns casos, o desenvolvimento brasileiro em algum setor da economia não encontrava nos entes privados a capacidade de arcar com os investimentos necessários, ocasião em que

---

<sup>17</sup> COUTO E SILVA, 1997, op. cit., p. 57-58.

<sup>18</sup> ORTIZ, *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, op. cit., p. 240-241.

<sup>19</sup> SILVA, Américo Martins da. *A ordem constitucional econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 24. LEOPOLDINO DA FONSECA, op. cit., p. 74. Vale dizer que o autor afirma que as Constituições anteriores também possuíam normas de ordem econômica; contudo, por serem liberais, tais normas apenas se ocupavam em garantir a propriedade.

o poder público tomava para si a tarefa de explorar as áreas carentes. Exemplo disso é o fato de que o Estado foi, no Brasil, o pioneiro na área siderúrgica e automobilística, com a Companhia Siderúrgica Nacional<sup>20</sup> e a Fábrica Nacional de Motores<sup>21</sup>, posteriormente entregues à iniciativa privada quando esta se mostrou em condições de assumi-lo.<sup>22</sup>

Nesse sentido, a leitura do texto das constituições promulgadas a partir de 1934 evidencia – às vezes com mais, outras com menos intensidade – a preocupação em delimitar qual é o espaço de atuação direta e indireta por parte do Estado brasileiro no processo econômico, situação ainda presente na Constituição de 1988.

Na Constituição de 1934, o Estado reservou para si a possibilidade de explorar atividades econômicas mediante monopólio, por motivo de interesse público e autorizado por lei especial (art.116) . Previu que o limite da liberdade de iniciativa do setor privado deveria ser a “...*existência digna de todos*”(art. 115)<sup>23</sup>. Não havia, no entanto, disposição expressa a respeito da participação do Estado no processo econômico em regime de competição com a iniciativa privada. Na Constituição de 1937, lembrada pela sua inspiração nos Estados autoritários, tal como a Polônia, as referências às formas de atuação do Estado – inseridas sob a denominação de “intervenção” – foram ampliadas, e o texto (art. 135) revelou a preocupação de resguardar ao Estado a possibilidade de atuar diretamente (“gestão direta”) se e onde houvesse deficiência da iniciativa privada, podendo

---

<sup>20</sup> Decreto-lei 3002/41.

<sup>21</sup> Decreto-lei 8699/46.

<sup>22</sup> AMARAL VIEIRA, R. A . O intervencionismo brasileiro: raízes históricas e perspectivas (ou o estatismo é um determinismo?). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 42, p. 301-302, abr./jun. 1974 .

<sup>23</sup>“Art. 115. *A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.*”

tal atuação ser mediata ou imediata.<sup>24</sup> O art. 146 da Constituição de 1946 novamente fez menção à possibilidade de intervir no domínio econômico mediante lei especial, para estabelecer monopólio de indústria ou atividade. Exigia, para tanto, a existência de interesse público, e estabeleceu como limites a esse poder os direitos fundamentais assegurados no texto constitucional.

É em 1967 que a ordem econômica definida na Constituição deixou mais explícita a condição do Estado como ente que poderia, em determinados momentos, atuar diretamente em setores que, via de regra, eram reservados à iniciativa privada. O art. 157, § 8º definiu como faculdade do Estado tanto o monopólio de atividade ou indústria, como a intervenção no domínio econômico, mediante lei da União. Entretanto, o texto ocupou-se, ao mesmo tempo, de assinalar um limite a essa faculdade: deveria haver indispensabilidade, decorrente de situação de segurança nacional, ou ainda, a constatação de deficiência no desenvolvimento do setor pela iniciativa privada. A Emenda Constitucional n. 1/69 praticamente repetiu o texto em questão no art. 163, *caput*. E o art. 170 – à semelhança do art. 163 do texto de 1967 - também dispunha, no *caput*, regra geral que determinava competir preferencialmente à iniciativa privada a organização e a exploração das atividades econômicas – essa é a regra complementada, no § 1º, pela definição da atuação estatal na economia apenas em caráter subsidiário à dos particulares. No entanto, a despeito do regramento constitucional da época, que definia que a atuação do Estado no processo econômico teria caráter secundário, decorrente da subsidiariedade, a

---

<sup>24</sup> “Art. 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se na riqueza e na 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, representada pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser imediata e mediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta.”

prática estatal foi diversa, interventiva.<sup>25</sup> E, consoante afirma Mauro Rodrigues Penteado, essa prática foi levada a efeito sem que houvesse um claro e relevante “interesse coletivo”, pois, além de chegar a um ponto em que havia mais de 500 empresas estatais federais, algumas delas atuavam em setores como hotelaria e informática, sem contar as participações existentes em nível dos Estados-membros da federação.<sup>26</sup>

Na seqüência, os dispositivos relativos à ordem econômica nacional trazidos pela Constituição de 1988 foram produto de um momento histórico em que já existia no plano infraconstitucional uma série de medidas tendentes a refrear a atuação direta do Estado no processo econômico, visto que já se evidenciava a hipertrofia da máquina governamental, que colaborava para o aumento da dívida estatal.<sup>27</sup> Ainda assim, mesmo tendo traçado limites entre o espaço de atuação do setor público nas áreas tradicionalmente desenvolvidas pelo setor privado, o texto constitucional revelou-se um pouco mais tímido do que o anterior ao fazê-lo. Desta maneira, o art. 173 da Constituição atual não faz menção expressa ao papel preferencial do setor privado no desempenho de atividades econômicas, tal qual constava do art. 170, *caput*, do texto da Emenda Constitucional n. 1/69. Tampouco diz, como no diploma anterior, art. 170, § 1º, que o papel do Estado na organização e exploração direta de atividade econômica é “suplementar da iniciativa privada”.

---

<sup>25</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 40.

<sup>26</sup> PENTEADO Mauro Rodrigues. Privatização e parcerias: considerações de ordem constitucional, legal e de política econômica. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 119, ano 39, p. 10, jul./set. 2000.

<sup>27</sup> Veja-se, a propósito, o Decreto federal 84.128, de 29/10/1979, voltado ao controle das estatais, o Decreto federal 91.991, de 29/11/1985, que instituiu o Programa de Privatização, seguido do Decreto federal 95.885, de 29/03/1988, que criou o Programa Federal de Desestatização, medidas estas que tiveram continuidade por meio da publicação de outros diplomas a serem citados mais adiante.

Entretanto, pode-se afirmar que a preocupação em definir uma moldura dentro da qual deve se circunscrever a atuação do Estado no processo econômico existe. O art. 173 da Constituição de 1988 estabeleceu as situações em que pode haver a exploração direta, pelo Estado brasileiro, de atividade econômica. O texto constitucional também delimita os setores em que ocorre o monopólio de atividades ao Estado, como o de minérios e minerais nucleares e derivados (art. 177,V) e gás canalizado (art. 25,§ 2º), tendo havido relativização, com a promulgação da emenda constitucional de n. 9/95, do monopólio do petróleo, referido pelo art. 177 do texto constitucional.

O Estado brasileiro, sob a égide da Constituição de 1988, também encontra nas normas constitucionais a disciplina que possibilita a “divisão de tarefas” entre os setores público e privado em matéria da prestação de serviços públicos. Este tema é tratado pelo art. 175 do texto e, assim como os assuntos mais diretamente relacionados ao desempenho de atividades ligadas ao processo econômico, sua edição em 1988, e as alterações posteriores – ora promovidas pelas sucessivas emendas constitucionais, ora pelas normas infraconstitucionais criadas – estão inseridos em um contexto histórico que revela, no mundo todo, a intenção de reduzir as proporções do Estado. Diz-se que, com uma tal postura, o Estado teria condições de verdadeiramente ocupar-se – e de modo mais eficiente – com as atividades para as quais sua existência e ação fossem, de fato, indispensáveis.<sup>28</sup> Alguns se referem a este propósito como a criação de um “Estado subsidiário”.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 391-392. À mencionada fase do papel do Estado na ordem econômica o autor chama de *pós-modernidade*, a partir da terminologia empregada por Norbert Reich.

<sup>29</sup> DI PIETRO, op. cit., p.21-22; BARACHO, op. cit., p. 95; TORRES, Sílvia Faber. *O Princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 124; NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações). *Revista de Direito Administrativo*, n. 225, p. 180, jul./set. 2001; LINHARES, Marcel

Independentemente da adequação ou não da expressão “Estado subsidiário”, o fato que se põe nesse momento no presente trabalho é que a temática subjacente aos citados dispositivos da Constituição de 1988 diz respeito à delimitação entre o que é espaço de ação da iniciativa privada no processo econômico, e até onde pode ou deve ir a ação estatal nesse domínio, ou seja, põe-se à nossa frente uma noção de subsidiariedade que precisa ser mais delimitada.

## 2. A subsidiariedade e seus elementos

No intuito de buscar traços da subsidiariedade na ordem econômica correspondente a cada modelo de Estado, é importante delinear os seus contornos.

Cumpre, por isso, trazer à baila, inicialmente, quais são os seus elementos para, de posse destes, examinar, nas suas diversas manifestações, a que categoria o conceito pertence. A partir de então é que verificaremos se, de fato, um dos âmbitos nos quais a subsidiariedade se apresenta seria a ordem econômica. Passo seguinte, se presentes os pressupostos para que ela encontre espaço de manifestação, voltaremos nosso olhar para alguns dos dispositivos da ordem econômico-constitucional nacional, de modo a constatar se estes abrigam elementos da subsidiariedade, bem como por meio de qual categoria normativa isso ocorre.

## 2.1 Os elementos da subsidiariedade segundo Hans Stadler

Hans Stadler, autor que se dedicou ao estudo da subsidiariedade no modelo federal suíço, apresentou os elementos de seu conceito. E o fez partindo da formulação do princípio de subsidiariedade presente na encíclica *Quadragesimo Anno*, que assim o enuncia:

*“Deve, todavia, ficar firme o princípio importantíssimo na filosofia social: isto é, como é ilícito tirar aos indivíduos o que eles podem fazer com suas próprias forças e indústria para confiá-lo à comunidade, assim é injusto incumbir a uma maior e mais alta sociedade o que pelas menores e inferiores comunidades pôde ser feito. Este é ao mesmo tempo um grave prejuízo e uma perturbação para a reta ordem social; porque o objeto natural de qualquer intervenção da mesma sociedade, é o de auxiliar de modo completo os membros do corpo social, não já destruí-los e absorvê-los”(sic).<sup>30</sup>*

Os elementos que podem ser vislumbrados no enunciado acima, para o autor, correspondem à tripartição sujeito, objeto e norma.<sup>31</sup> Aplicados à estrutura federativa do Estado Suíço (Confederação Helvética), esses elementos mostram a relação existente entre o ente-maior - União - e os Cantões (entes menores), possivelmente fundada na subsidiariedade. O federalismo suíço, tal como foi concebido, permite grande autonomia

---

<sup>30</sup> Cf. versão publicada MAGALDI, op. cit., p. 48.

<sup>31</sup> STADLER, op. cit., p. 31-32.

aos Cantões, que dispõem de diversas competências a eles constitucionalmente atribuídas, contribuindo para o convívio harmônico entre grupos sociais bastante distintos entre si, situação esta que fortalece as decisões locais - e, portanto, dos entes menores - e deixa excepcionalmente decisões a serem adotadas pela União, naqueles temas em que a tomada de posição local se revelar insuficiente.<sup>32</sup>

Passamos a adotar a divisão da subsidiariedade em elementos apresentada por Stadler como modelo de nossa análise<sup>33</sup>.

Segundo este autor, o *sujeito* da subsidiariedade é encontrado por meio da identificação da existência de níveis escalonados de ação. Em outras palavras, pode-se afirmar que a subsidiariedade encontra contexto de aplicação quando existirem grupamentos de proporções diversas, do menor ao maior, cada qual responsável pela execução de tarefas, com vários graus de complexidade. Esses grupamentos é que são o sujeito ao qual se pode destinar a aplicação da subsidiariedade.

Esta concepção parte da idéia de que o indivíduo não é capaz de, sozinho, atender a todas as suas necessidades, para uma existência digna. A família consiste em um grupamento social um pouco maior, ao qual este pertence, e que será capaz de realizar algumas tarefas que venham a suprir necessidades um pouco mais complexas que

---

<sup>32</sup> Como exemplo de competência atribuída à União (ente maior), pode ser citada a definição do período das férias escolares, que precisou ser estabelecida por meio de emenda constitucional, em 1989, assim como outros temas ligados à vida escolar, em virtude do número excessivo de situações diferentes existentes naquele país. A propósito, ver <http://www2.swissinfo.org/spt/swissinfo.html>, de 22/08/2002. Acesso em 12/11/2005.

<sup>33</sup> Este também é o modelo de análise considerado por RINELLA, op. cit., p. 38. No dizer deste autor, a apresentação dos elementos da subsidiariedade feita por STADLER permite a construção de um modelo com finalidade heurística, ou seja, um modelo genérico, que permite um método para a resolução de problemas por meio da subsidiariedade, não restritos – por exemplo - apenas à temática do federalismo.

ele venha a ter. Ainda assim, o indivíduo integrará grupamentos ainda maiores, tendo em vista que outras necessidades ainda mais complexas exigirão execução de tarefas por grupamentos mais amplos e mais estruturados para que venham a ser cumpridas. Surgem, desse modo, outros grupos que, ao final, farão parte de um grupamento que a todos os demais congrega, que é a sociedade.<sup>34</sup>

Estes “sujeitos” da subsidiariedade são vislumbrados como os grupos sociais menores ou inferiores – identificados como sendo o próprio indivíduo e os pequenos grupos aos quais este pertence – contrapostos a grupos sociais maiores ou superiores – representados pela sociedade, o Estado ou grupamentos supranacionais. A subsidiariedade os têm por destinatários, tendo em vista que se propõe a resguardar as comunidades menores e indivíduos, de modo a que as comunidades maiores não subtraíam competências que possam ser desempenhadas pelos entes menores. Também propõe que, no caso de o ente maior constatar que existe dificuldade de o ente menor realizar uma tarefa, que esta seja por aquele assumida. Todavia, cabe, neste caso, à comunidade maior fomentar, estimular, incentivar a comunidade menor para que esta se torne, com o passar do tempo, capaz de executar a mencionada ação de forma auto-suficiente.<sup>35</sup>

Como *objeto* da subsidiariedade, Stadler considera que integram o conceito as atribuições que o indivíduo e a comunidade menor podem exercer pelos seus

---

<sup>34</sup> MILLON-DELSOL, op. cit., p. 9-11. A idéia acima exposta remonta a Aristóteles (*A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 11-15).

<sup>35</sup> O panorama da interação entre os sujeitos para o atendimento a necessidades cada vez mais complexas é também apresentado como justificação (legitimação) do Estado, entendendo-se a partir daí que somente em meio a uma comunidade estatal a pessoa pode desenvolver plenamente sua personalidade (ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Estado*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 157-159).

próprios meios e iniciativa<sup>36</sup>. Para fazê-lo, precisam os entes menores ter à disposição as condições necessárias para realizar as tarefas, e, dessa maneira, atingir sua própria finalidade. Se os meios forem inexistentes ou insuficientes, a comunidade maior pode ser chamada a atuar subsidiariamente, de formas diversas.

No caso de a insuficiência revelada pelos grupamentos menores ser absoluta, e para que não haja prejuízo à coletividade, que necessita da realização da tarefa, o ente maior pode assumir integralmente a execução da atividade. Havendo insuficiência parcial e potencial prejuízo à concretização eficiente da atividade para o grupamento como um todo, poderá o ente maior executá-la parcialmente. Isto significa que parte da ação é desempenhada pelos entes menores, naquilo que assim possam fazer de modo mais eficiente, e a outra parte pode ser desempenhada pelo ente maior, no que se refere à parcela da atividade não-realizada pelos entes menores. Uma outra situação de insuficiência pode ser suprida pela comunidade maior por meio da ação de ofertar à comunidade menor os meios necessários - e que não lhe eram disponíveis - , ou ainda, coibindo atividades que tolham as iniciativas ainda frágeis e que precisam de suporte ou espaço para se desenvolver plenamente.<sup>37</sup> Nada impede que a insuficiência – total ou parcial - dos entes menores seja evidenciada no curso da execução de uma atividade. Nesse caso, a ação do ente maior será a de tomar uma das medidas acima enunciadas ainda que a execução da atividade já esteja em andamento.<sup>38</sup>

---

<sup>36</sup> STADLER, op. cit., p. 46.

<sup>37</sup> RINELLA, op. cit., p. 39-40.

<sup>38</sup> RINELLA (op. cit., p. 42) aponta como sendo duas as questões que surgem acerca do objeto: a amplitude da ação que deve assumir o ente maior – se integrativa ou substitutiva – e o momento em que deve ser acionada essa ação subsidiária.

As situações acima descritas oportunizam a que se levante a questão a respeito da reversibilidade da subsidiariedade da ação, assumida total ou parcialmente pelo ente maior. Em outras palavras, trata-se de aferir a possibilidade de, em sendo uma tarefa – *objeto* da subsidiariedade, portanto - absorvida pela comunidade maior, haver o retorno da ação à comunidade menor. Esse questionamento é provocado por Fausto de Quadros,<sup>39</sup> a propósito da aplicação da subsidiariedade na União Européia, diante da possibilidade de, em um determinado assunto, a União ser chamada a assumir uma ação diante da insuficiência dos Estados integrantes, constatando-se, mais tarde, que os Estados reuniram condições de desenvolvê-la. Para o autor, nada há, nos fundamentos jurídicos e filosóficos da subsidiariedade, que imponha sua irreversibilidade, pelo que o ente menor pode, sim, voltar a ter a tarefa atribuída a si próprio, quando, para tanto, demonstrar que é capaz. A única exceção consistiria, no dizer do autor mencionado, no fato de a tarefa ter passado a ser de competência exclusiva da União Européia, situação esta que implicaria deixar a atividade fora do âmbito de aplicação da subsidiariedade.<sup>40</sup> A análise de cada situação em particular é que permitirá que se identifique a necessidade de permanência do objeto ao qual se voltou a ação subsidiária da comunidade ou ente superior sob o seu domínio e execução.

O terceiro componente do conceito de subsidiariedade consiste no seu termo normativo.<sup>41</sup> Seu conteúdo estabelece uma relação entre os dois componentes anteriormente abordados. Estabelece, pois, que cada indivíduo ou comunidade menor (sujeito) possui tarefas, atribuições que lhes competem (objeto). Tais tarefas não lhes devem

---

<sup>39</sup>Ver: QUADROS, op. cit., p. 45.

<sup>40</sup>QUADROS, loc. cit.

<sup>41</sup> STADLER, op. cit., p. 54.

ser retiradas ou obstaculizadas por uma comunidade maior<sup>42</sup>, e sim, preservadas, bem como deve ter o ente menor estimulado o alcance da sua autonomia.

A expressão normativa da subsidiariedade assim vista apresenta sujeitos e objeto relacionados por intermédio do estabelecimento de deveres negativos e deveres positivos<sup>43</sup>. O primeiro, evidenciado com mais freqüência pela doutrina, determina a obrigação de não-ingerência da comunidade maior nas tarefas que melhor podem ser realizadas pelas unidades menores – indivíduo e pequenas comunidades. O segundo obriga a que o ente maior, ao identificar uma insuficiência de um ente menor no desempenho de alguma atividade, forneça os meios, incentivo ou suporte a que o ente menor adquira as condições de executar a tarefa a contento. No caso de tal insuficiência ser mantida, ainda que prestado o apoio ao ente menor, o dever positivo autoriza a que o ente maior assumira esta atividade, total ou parcialmente, para que a coletividade não sofra prejuízo com eventual lacuna na realização de uma tarefa que seja relevante para a vida em comunidade.

Nesse sentido, o termo normativo não se traduz apenas pela simples abstenção de um ente maior no desempenho de tarefas em nome de sua execução pelos entes menores. Justamente, o termo normativo propicia um equilíbrio entre os outros dois elementos relacionados, porquanto revelada a lacuna na execução de uma tarefa, o todo não pode ser prejudicado, pois alguém deve assumir a sua execução. E tal execução deve dar-se de um modo a que esta ocorra por intermédio de quem melhor possa atuar no assunto dado. Isto quer dizer que, ao se estabelecer que o ente maior deve absorver total ou parcialmente a execução de uma atividade, não significa agir em dissonância com a subsidiariedade, e

---

<sup>42</sup> STADLER, op. cit., p. 57.

<sup>43</sup> Ibid., p. 57-58; KUTTENKEULER, op. cit., p 30; BARACHO, op. cit., p. 50.

sim, que esta estará operando pela faceta que impõe deveres positivos àquele que tem melhores condições de agir.

## **2.2 As imperfeições do termo normativo**

Nem sempre a subsidiariedade apresentar-se-á tendo seus componentes objetivo e subjetivo devidamente equilibrados pelo liame normativo. Dizendo isso de outro modo, é possível que a subsidiariedade se apresente a nós de forma imperfeita em sua aplicação. Isso porque pode o ente maior, no seu agir, revelar excesso nos deveres de não-ingerência e de intervenção sobre as atividades desempenhadas por entes menores.

A intervenção demasiada por parte do ente maior pode conduzir, a longo prazo, ao total desconhecimento pelos entes menores dos modos pelos quais poderiam exercer as tarefas que lhes foram absorvidas – isso conduz, pois, a uma perda de autonomia.

E, em não mais sabendo os entes menores como realizar determinadas tarefas, a tendência é a de manutenção da centralização da atividade exclusivamente no ente maior. Neste sentido, aniquila-se a viabilidade do surgimento e desenvolvimento de entes menores.

A não-ingerência excessiva do ente maior sobre os menores pode conduzir a variadas situações. De um modo hipotético, podemos cogitar, por exemplo, do

aniquilamento de vários entes menores que desempenhavam concomitantemente a mesma tarefa, em razão do fortalecimento de apenas um deles, que acaba absorvendo a execução da atividade totalmente para si próprio. Caso a subsidiariedade fosse suscitada, implicaria a intervenção do ente maior para que este viesse a adotar medidas que promovessem um resgate do exercício da atividade por vários entes ao mesmo tempo, diante do fato de que haveria um benefício à coletividade ao ter novamente a possibilidade de optar por qual executante gostaria de ver a ação exercida. A outra face da mesma situação, seria, pois, aquela pela qual à coletividade não restariam opções de escolha no momento em que buscasse alguém para realizar a tarefa. E, por consequência, estar-se-ia diante do risco de perda de qualidade na sua execução, em razão da ausência de opções de escolha de entes menores que pudessem realizá-la.<sup>44</sup>

A segunda imperfeição cogitável - intervenção excessiva - também pode ocorrer no controle demasiado, mantido pelo ente maior, sobre o exercício de tarefas pelos entes menores. Nesse sentido, são impedidos de dar, livremente, soluções adequadas a problemas que surgem em meio ao desempenho de suas competências. Em regra, a subsidiariedade justamente propaga que o ente menor deve ter prioridade na tomada de decisões<sup>45</sup> em virtude de estar mais próximo dos destinatários da ação, tal como um município se encontra mais próximo do cidadão do que um Estado-membro, ou do que a própria União.

---

<sup>44</sup> Veja-se na parte II, capítulo 6, os reflexos desse entendimento sobre as diretrizes da prestação dos serviços públicos na atualidade, a admitir, em algumas situações, a competição entre os prestadores, tal como decorre do art. 16 da Lei 8987/95.

<sup>45</sup> Referimo-nos aqui à face “negativa” da subsidiariedade, que propõe a não-ingerência do ente maior.

Os excessos mencionados podem apresentar-se em algumas situações já que complexa é a aferição do momento e da intensidade que devam conduzir à aplicação da subsidiariedade para determinar a ingerência, ou não, do ente maior.

Fausto de Quadros adverte para o risco do excesso de intervenção, que seria consequência da natural capacidade do ente maior de assumir encargos financeiros e operacionais no exercício de uma tarefa.

Não bastaria, segundo este autor, para aplicar a subsidiariedade em seu sentido positivo (ingerência), simplesmente verificar que um ente ou comunidade menor não dispõe das condições ideais para atender a uma demanda, para, imediatamente, definir que esta deva ser assumida pela comunidade ou ente maior. Além da falta de capacidade ideal para o desenvolvimento da ação, é preciso que fique demonstrada uma real necessidade de esta ser parcial ou totalmente assumida pelo Estado ou ente maior. Do contrário, a aplicação pura e simples da subsidiariedade poderia acarretar a centralização de um grande número de competências no ente maior. E, na verdade, na sua gênese, a subsidiariedade revela ter justamente a índole descentralizadora.<sup>46</sup>

A doutrina tem sugerido o emprego do postulado<sup>47</sup> da proporcionalidade para definir se, diante de uma situação que enseje a atuação segundo a subsidiariedade, sua aplicação realmente promoveria o atendimento aos fins almejados

---

<sup>46</sup> QUADROS, op. cit., p. 74.

<sup>47</sup> Em sua maioria, os autores fazem menção ao “princípio” da proporcionalidade. Nós nos referimos aqui ao “postulado”, no sentido proposto por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 79 e ss.

(autonomia, descentralização e dignidade da pessoa humana).<sup>48</sup> Seguindo-se esta linha, antes de aplicar a subsidiariedade a determinada situação, seria recomendável examinar se tal medida revestir-se-ia dos elementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entretanto, o exame do atendimento ao postulado da proporcionalidade pela adoção de medida segundo a subsidiariedade não se dá pelo sopesamento simples entre vantagens e desvantagens. A proporcionalidade cuida de permitir a avaliação entre a subsidiariedade e os fins por ela visados. Será a subsidiariedade de aplicação *adequada*, se a ação praticada ao seu abrigo promover um dos fins visados (autonomia, descentralização e dignidade da pessoa humana); será de aplicação *necessária* se, dentre todos os meios existentes à promoção daqueles fins, a subsidiariedade aplicada a uma medida comprove que acarreta menos prejuízo aos direitos envolvidos. Por fim, será *proporcional em sentido estrito*, se houver equilíbrio entre as vantagens auferidas com a sua adoção ao caso, e as desvantagens daí advindas.<sup>49</sup>

Em vista disso, ao se constatar que a não-ingerência de um ente maior em uma determinada área acarreta a absorção da atividade por um único ente menor, minando a possibilidade de outros se estabelecerem ou se firmarem para o exercício da tarefa, restará evidente que a ausência total de intervenção do ente maior nesse domínio não é adequada, já que não se traduz no meio próprio para forjar ambiente favorável ao desenvolvimento de entes menores autônomos. Tampouco contribui para a descentralização

---

<sup>48</sup> ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 212. MILLON-DELSOL, op. cit., p. 39. Ambos os autores propõem o emprego da proporcionalidade para verificar a possibilidade de vir a ocorrer intervenção da União em tema ou tarefa ligado ao interesse local ou em matéria de definição de competências constitucionais.

<sup>49</sup> Sobre os elementos da proporcionalidade, veja-se: ÁVILA, 2003, op. cit., p. 104-117.

- se a atividade ficou totalmente centralizada em um único “ente menor” - ou para a dignidade da pessoa humana, já que sujeita àqueles que buscam a atividade à mercê de um único detentor do seu exercício. O não-atendimento a um dos elementos da proporcionalidade já atenta para o fato de que a atuação de não-ingerência - inicialmente proposta segundo a subsidiariedade - não realiza os fins buscados, razão pela qual deve ser alterada a sua forma de emprego, para que esta se dê de modo positivo, com alguma ingerência do ente maior sobre os entes menores. Novamente, ao se dimensionar a aplicação da subsidiariedade, segundo sua faceta de atuação positiva, é cabível o emprego da proporcionalidade, para que haja adequação entre o meio eleito – intervenção subsidiária do ente maior sobre o ente menor – e os fins buscados (autonomia dos entes menores, descentralização da atividade e dignidade das pessoas que necessitam da tarefa em questão).

Seguramente, diante de um caso prático em que fosse suscitada a dúvida relativa à proporcionalidade da adoção de uma medida de acordo com a aplicação da subsidiariedade, é possível provocar a manifestação do Judiciário a respeito, visto que cabe a este concretizar a aplicação de princípios e postulados.

À vista dos elementos ora identificados, compreende-se que a subsidiariedade é noção não-jurídica, porém encontra espaço de aplicação e manifestação em várias áreas do Direito, tais como o Direito Comunitário, o Direito Processual, o Direito Econômico, e mesmo em meio a conceitos estruturantes, como o do federalismo.

Esse espaço surge em áreas nas quais os pressupostos para a sua manifestação vistos acima são encontrados, quais sejam, a existência de uma estrutura escalonada de sujeitos, aos quais incumbe a realização de tarefas ou funções, e cujo dever de assumir ou regular a distribuição das tarefas esteja em jogo, em nome do alcance de fins relevantes, em última instância, à pessoa.

O emprego da subsidiariedade torna-se instrumento que possibilita melhor definir *como, quando e quanto* de descentralização deve ser promovida no desempenho de tarefas entre as camadas de sujeitos implicados. Nem sempre significará uma decisão em favor da descentralização e da realização de atribuições pelo ente menor. A descentralização pode vir a ser um dos fins da subsidiariedade, nem sempre atingível de início. As condições mais favoráveis à execução de uma atividade não serão encontradas de imediato nos entes menores em todas as ocasiões. Poderão tais condições ser alcançadas, inclusive, por intermédio da atividade desempenhada pelo ente maior, até que seja implementada uma situação de fato mais favorável junto ao ente menor. A centralização momentânea pode revelar-se, pois, em dado momento, necessária, como fase intermediária à concretização da descentralização. Nesse contexto se revela importante buscar a identificação dos temas em que a subsidiariedade pode ter algum espaço para a sua aplicação e de que modo, sendo encontrada, revela-se.

Em face disso, mesmo com a exposição acima, que vislumbra os elementos de um conceito e suas imperfeições, subsiste no tema ora tratado a indefinição da categoria a qual pertence a subsidiariedade. Até agora, procuramos evitar designá-la como

princípio. Não há, porém, como fugir a este enfrentamento, razão pela qual o delineamento da subsidiariedade passa pelo exame desta frente à teoria dos princípios.

### 2.3 – Subsidiariedade e teoria dos princípios

A busca realizada nas referências doutrinárias de consulta obrigatória voltadas à teoria dos princípios nos conduz à tentativa de identificar uma norma como sendo ou princípio, ou regra. Este conjunto doutrinário oferece elementos no intuito de tornar tal identificação possível.<sup>50</sup>

A prática mostra, porém, que, entre os intérpretes e aplicadores das normas, várias figuras têm sido corriqueiramente tratadas como sendo princípios, sem que necessariamente essa identificação tenha partido de um procedimento para tanto. Também a identificação de um dispositivo como passível de concretização como princípio, ou ainda, a opção pelo emprego de um princípio, decorre de critérios que nem sempre são confirmados na sua aplicação concreta<sup>51</sup>. Não bastasse isso, a doutrina sempre indicada como referência

---

<sup>50</sup> Citamos, neste sentido, as seguintes obras: ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*. Barcelona: Bosch, 1961; KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Porto Alegre: SAFE, 1986; CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970; LARENZ, Karl. *Derecho justo – Fundamentos de Ética jurídica*. Madrid: Civitas, 1993; LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2ª ed.; DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio*. Barcelona: Ariel, 2. ed., 1989; ALEXI, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Apesar de termos feito a consulta às referidas obras, não faremos menção ao seu conteúdo ou a posicionamentos específicos e eventuais diferenças entre as idéias defendidas pelos autores, pois isso fugiria aos limites propostos pelo presente trabalho.

<sup>51</sup> Como exemplo da dissociação entre os critérios teóricos de diferenciação empregados, e a prática, pode-se mencionar a questão da preponderância (“maior peso”)às vezes afirmada com relação a um princípio sobre outro. Em caso de colisão, as relações entre os princípios nem sempre ocorrem do mesmo modo. Isso por que não será a estrutura do princípio que determinará preponderância de um sobre o outro, mas o emprego definido segundo os valores eleitos pelo aplicador da norma. E isso nem sempre implicará a rejeição de um princípio para a prevalência do outro que com ele conflitua. Os fins de um princípio podem ser coincidentes

no tema trata as espécies normativas de forma “exclusiva”. Em outras palavras, ao permitir que determinada norma seja identificada como regra em determinado caso, exclui a possibilidade de que esta venha a ser tida como princípio em situação concreta diversa.

É esta justamente a preocupação demonstrada por Humberto Ávila. Para este autor, as teorias que fazem a distinção absoluta entre princípios e regras podem ter essa diferenciação mitigada, pois pela interpretação que fizermos de um ou mais dispositivos, veremos que eles podem servir para a formulação de regras, princípios ou postulados<sup>52</sup> - chama isso de uma classificação que abriga “alternativas inclusivas”<sup>53</sup>. A idéia de que as regras são normas que exigem aplicação “ou tudo ou nada” também é relativizada, pois muitas regras podem ter sua consequência definida apenas após sua interpretação.<sup>54</sup> Os princípios também possuiriam consequência normativa, que é o fim ou tarefa considerados relevantes no caso concreto. Eles têm a conduta por objeto, porém com menor grau de determinação do que as regras. São normas imediatamente finalísticas, cujo

---

com os de outro. Também podem levar à realização de parte dos fins do outro princípio que esteja em jogo. É possível que os fins de ambos sejam indiferentes entre si. Ou ainda, como normalmente mencionado, os fins de um princípio podem levar à exclusão dos fins preconizados pelo outro, que prevalecerá. Estas hipóteses de colisão entre princípios são expostas por ÁVILA, *op. cit.*, 2003, p. 43-53.

<sup>52</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 215, p. 162, jan./mar. 1999. A título exemplificativo, refere o autor a questão da igualdade: se de um lado a proibição de discriminação por sexo, raça, e outros atributos possui uma hipótese e uma consequência determinadas, ela é uma regra; de outro lado, caso vista a igualdade como fim, não há hipótese determinada, e se está diante de um princípio. A propósito, ver também, do mesmo autor, 2003, *op. cit.*, p. 60-63. Nesta última obra, a igualdade é apresentada exemplificativamente também como postulado quando estabelecer um dever jurídico de comparação a ser seguido na interpretação e aplicação das normas, de modo a excluir aqueles critérios de diferenciação não contemplados pelo ordenamento.

<sup>53</sup>Id., 2003, *op. cit.*, p. 60-63.

<sup>54</sup> Id., 1999, *op. cit.*, p. 162. Como exemplo, menciona o autor a regra que prevê a presunção de violência sexual no crime de estupro cuja vítima seja menor de 14 anos. A norma não prevê exceções, mas, eventualmente, pode o aplicador deixar de aplicar a presunção – independentemente de outra previsão legal - se houver uma situação tal como a evidente concordância da vítima ou uma notável aparência de mais idade. Nesse caso, fica claro que não há a possibilidade de aplicação “ou tudo ou nada” que tornará a norma uma regra, mas que isso decorre da forma como o aplicador justifica seu emprego: ao haver clara aplicação voltada ao comportamento devido (e não a fins), está-se diante de uma regra. Ver mais em ÁVILA, 2003, *op. cit.*, p. 41-42.

objeto primordial é o alcance de fins, de um estado de coisas a ser buscado, promovido<sup>55</sup>. A conduta não é, pois, o objeto principal dos princípios, devendo apenas ser adequada para atingir os fins. As regras é que seriam normas apenas mediatemente finalistas, contudo, mais ocupadas em definir o comportamento devido.<sup>56</sup> E ainda, Ávila chama a atenção para a existência de postulados normativos aplicativos, que constituiriam metanormas, ou “deveres de segundo grau”, cuja característica residiria no estabelecimento da estrutura de aplicação de outras normas que descrevem comportamentos, tal como ocorre com a proporcionalidade.<sup>57</sup>

Esse modo de dissociar as espécies normativas, que aponta para a possibilidade de um mesmo dispositivo apresentar, no processo de aplicação, mais de uma única dimensão – regra, princípio ou postulado – vem ao encontro da necessidade que constatamos de estabelecer contornos mais definidos à subsidiariedade. Isso porque, embora já exista a construção teórica a respeito dos princípios, em se tratando do estudo da subsidiariedade, ocorre por vezes a dificuldade de vislumbrá-la tão-somente na figura de um princípio, ainda que a doutrina que lhe faça referência unicamente a trate como “princípio.”<sup>58</sup>

A dificuldade mencionada surge em meio ao estudo da doutrina existente acerca da subsidiariedade, que faz surgir a tentação de concebê-la como princípio

---

<sup>55</sup> Id., 2003, *op. cit.*, p. 70.

<sup>56</sup> Id., 1999, *op. cit.*, p. 167.

<sup>57</sup> Id., 2003, *op. cit.*, p. 81-82. Assim são qualificados, pelo autor, os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade, dentre outros. O autor examina doutrina que se ocupou de explicar no que consistiriam determinadas regras, como a proporcionalidade, com características que implicam difícil enquadramento como simples regra ou apenas princípio (Ibid., p. 82).

<sup>58</sup> A título exemplificativo, menciona-se, aqui, o título das obras ou artigos consultados dos seguintes autores: MILLON-DELSOL, BARACHO, KUTTENKEULER, STADLER, RINELLA, BANDRÉS, FERAL, HÄBERLE, etc., citados, ao final, na bibliografia.

que emerge do pensamento filosófico e da doutrina social da Igreja Católica, para ser, na atualidade, recepcionado pelo Direito, de modo a que se lhe atribua um caráter jurídico, uma transformação possível segundo a proposta defendida por Esser. Segundo este autor, um princípio, mesmo que não-positivado, no momento em que tem absorvido seu conteúdo por uma norma jurídica, ingressa no mundo jurídico, por ter-se operado uma “transformação” de uma norma anteriormente relacionada à moral ou à política<sup>59</sup> - passaria, pois, de princípio da doutrina social da Igreja, a princípio jurídico. Aderir a essa idéia, contudo, parece-nos acarretar o risco de se incorrer em uma atitude reducionista, cuja conseqüência seria a manutenção da subsidiariedade em estado de indeterminação. Deixa-se-lhe em um estado de vagueza, sujeita a qualificações que ficam à mercê do subjetivismo do intérprete, sem que se defina critérios para a sua aplicação. Por fim, fica criado o obstáculo consistente na identificação da subsidiariedade com uma única categoria normativa, que é, em geral, a dos princípios.

Mesmo que vários autores não questionem a natureza da subsidiariedade como princípio, ou ainda, busquem sua fundamentação no seu caráter genérico e fluido, e - ao retomar sua origem na doutrina social da Igreja e definir seu fundamento de validade na dignidade da pessoa humana - , a qualifiquem como princípio, tão-somente<sup>60</sup>, nosso estudo apontou para um rumo diverso, partindo das considerações

---

<sup>59</sup> ESSER, op. cit., p. 67 e ss.

<sup>60</sup> A propósito, veja-se: RINELLA, op. cit., p. 25, e TORRES, op. cit. Esta autora, no capítulo V de sua obra, defende a natureza de princípio que atribui à subsidiariedade, apoiada no conceito de princípio dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, e distinguindo-o das normas, com base em Ronald Dworkin. No seu entender, o “princípio de subsidiariedade” possuiria natureza variada e diversos sentidos, concebendo-se como princípio de ética-política, de organização social, de direito natural, de estrutura e gradação da sociedade, diretivo da ordem econômica e de divisão de competência. Na verdade, essas múltiplas manifestações da subsidiariedade identificadas por essa autora vêm ao encontro do pensamento aqui desenvolvido. Contudo, a distinção entre as abordagens reside no fato de que, para a citada autora, a subsidiariedade reveste-se do caráter de norma-princípio em todos os empregos que apresenta. E, para nós, nem sempre a subsidiariedade é revelada como princípio, podendo, sim, assumir outras formas no processo de aplicação.

propostas por Humberto Ávila. Como já salientado anteriormente, nem sempre é possível enquadrar a subsidiariedade apenas na moldura desenhada para comportar os princípios jurídicos. Acreditamos que ela pode se apresentar como princípio. Mas também enquanto regra ou postulado normativo aplicativo.

Essa múltipla manifestação da subsidiariedade pode ser exemplificada graças ao emprego que possui nos vários domínios em que é evocada.

O art. 5º do Tratado da Comunidade Européia (TCE), com as alterações promovidas pelo Tratado de Nice<sup>61</sup>, dispõe que

*“A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelos do presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervém apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objectivos da acção encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da acção prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário.”*  
(sic)

O dispositivo acima reproduzido encontra-se em meio a um conjunto normativo que se propõe – em última instância – a disciplinar as relações estabelecidas

---

<sup>61</sup> O tratado de Nice promoveu nova consolidação do tratado que instituiu a União Européia (TUE) e do tratado que instituiu a Comunidade Européia (TCE), posteriormente ao Tratado de Amsterdam, e entrou em vigor em 1º/02/2003. Para o texto na íntegra, com grafia do português lusitano, veja-se o seguinte endereço eletrônico: <http://europa.eu.int>. O artigo em questão fora art. 3º-B do Tratado de Maastricht.

entre um grupo de Estados europeus. Cada um destes Estados é um membro de uma instituição maior, que a todos congrega, chamada Comunidade. Há, portanto, no âmbito da Comunidade Européia, um ente maior e vários entes ou unidades menores, estas últimas, mais próximas dos cidadãos europeus. Cada um desses entes possui tarefas próprias, bem como, em seu conjunto, podem compartilhar a preocupação no desenvolvimento de outras que não poderiam bem desempenhar sozinhos, ou cujo desempenho deva ser aferido em relação ao todo. Contudo, até para que não seja desrespeitada a autonomia de cada Estado-Membro, sua cultura, tradições e interesses locais, etc., deve-se delimitar até onde pode o ente maior – a Comunidade Européia – intervir em alguns assuntos, bem como até que ponto deva ir a autonomia do Estado na definição e no desempenho de afazeres que possam ter reflexos ao conjunto de integrantes da Comunidade<sup>62</sup>.

O contexto no qual se insere o dispositivo apresenta o convívio de entes que se situam em círculos diferenciados de poder, relativos ao desempenho de competências. Em outras palavras, existem graus distintos ou níveis para a definição e à realização de tarefas (competências), que é um indicativo da existência de campo à aplicação da subsidiariedade. Nem todas essas competências contam com delimitação prévia do nível em que devam ser executadas.

---

<sup>62</sup> Hipoteticamente, poderíamos vislumbrar uma situação em que existam metas de desenvolvimento econômico sustentável a serem atingidas pela União, cujo desempenho poderia ser afetado no caso de um dos seus Estados-membros, no intuito de alavancar sua economia interna, vir a definir sozinho, com regras menos rigorosas, a instalação de fontes geradoras de energia altamente poluentes. Estaria criada uma situação de impasse na definição de competências entre o nível estatal interno e o nível comunitário. Ou ainda, ao inverso, se a meta a ser atingida pela União fosse o desenvolvimento econômico, por intermédio da instalação de novos empreendimentos de energia nuclear, em decisão conflitante com o interesse local de preservar a integridade ambiental de determinada área, especial para a população. Outro exemplo hipotético seria a necessidade de definir a quem competiria assumir a tarefa de proteção a determinado patrimônio histórico europeu: a União – que, em última instância, está ligada à história dos entes que lhe integram – ou ao Estado-membro, em cujo território os fatos históricos a serem resguardados ocorreram.

Segundo os objetivos e fins traçados pelo Tratado de Nice<sup>63</sup>, pretendem os membros obter maior progresso econômico e social, porém, respeitando ao máximo a identidade de cada integrante, de modo a deles não subtrair decisões que possam ser tomadas no nível mais próximo dos cidadãos<sup>64</sup>. Em algumas ocasiões, pode ser instaurado um conflito entre estes níveis, carecendo a situação da determinação de qual deles deva assumir a tarefa em questão.

Nesse momento entra em cena o dispositivo citado, porquanto se destinará a estabelecer de que modo se dará a definição da titularidade da competência. O próprio dispositivo elenca os critérios que são considerados para o caso de se cogitar da possibilidade de a Comunidade vir a, excepcionalmente, assumir a tarefa: a) a existência de atribuições que não possuam competência previamente definida; b) prova da insuficiência que resultaria a partir da realização da tarefa pelos Estados-membros (entes menores); c) a conclusão de que a dimensão da ação, ou suas conseqüências, deixam evidente que a tarefa melhor atingiria seus objetivos se realizada pela Comunidade (ente maior).

Podemos depreender do acima exposto, que o dispositivo traçado pelo art. 5º do TCE estabelece, segundo os elementos e critérios que a subsidiariedade apresenta, já traçados anteriormente, um modo de raciocínio destinado ao aplicador da norma. Aqui fica clara a sua condição de postulado normativo aplicativo: este modo de raciocínio visa a fornecer ao julgador uma estrutura dentro da qual um princípio se encaixa

---

<sup>63</sup> O art. 2º do TUE define os objetivos a serem alcançados pela União.

<sup>64</sup> O art. 1º do TUE deixa clara essa finalidade.

e apresenta condições de aplicação<sup>65</sup>, no intuito de atingir determinados fins.<sup>66</sup> Há na previsão legal citada um elenco de condições e elementos a serem considerados entre si para a definição do titular da competência comunitária, que só excepcionalmente, e dentro dessas condições, é que poderá ser subtraída dos entes menores – Estados-membros – para ser relocada ao ente maior – a Comunidade. Os critérios e elementos, a serem considerados a teor do dispositivo, destinam-se a fornecer o substrato, a moldura dentro da qual será aplicada o princípio de subsidiariedade. E este, por sua vez, posto nesta moldura, busca a promoção de objetivos, de fins, isto é, a descentralização do poder, com a conseqüente proteção da autonomia dos entes menores, sem a qual pode restar ferida a própria dignidade da pessoa humana - valor fundamental. É o que veremos a seguir, no intuito de exemplificar, também na esfera da União Européia, a manifestação da subsidiariedade como um princípio.

Como foi visto acima, o art. 5º do TUE fornece uma estrutura dentro da qual são proporcionadas as condições à aplicação do princípio de subsidiariedade. Ao mesmo tempo, o dispositivo afirma expressamente que a intervenção da Comunidade deve obedecer ao princípio citado. Há que se perguntar, diante disso, por que razão o mesmo dispositivo pode oferecer tanto a visão da subsidiariedade como postulado normativo quanto a ele se referir como princípio.

---

<sup>65</sup> Essa intenção é confirmada pela redação constante do art. 5º do Protocolo Relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, anexo ao Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, tratado este aprovado em 18/06/2004, ainda não ratificado pelos 25 membros da União: *‘Artigo 8.o - O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação, por um acto legislativo europeu, do princípio da subsidiariedade, interpostos nos termos do artigo III-365.o da Constituição por um Estado-Membro, ou por ele transmitidos, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento.’* Consultar <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/pt/treaties/dat/12004/htm/12004v.html>. Acesso em 2/05/2005.

<sup>66</sup>A partir do proposto por ÁVILA, 2003, op. cit., p. 81-82.

O art. 2º do Tratado da União Europeia (TUE) explicita quais os objetivos da União, determinando, ao final, que *“Os objetivos da União serão alcançados de acordo com as disposições do presente Tratado e nas condições e segundo o calendário nele previstos, respeitando o princípio da subsidiariedade, tal como definido no art. 5º do Tratado que institui a Comunidade Europeia”*. O art. 5º do TCE (acima já reproduzido, e inserto no Título I daquele diploma – “Os Princípios” – ) vincula a possibilidade de intervenção da Comunidade nos assuntos que não sejam de sua atribuição exclusiva, à observância do princípio da subsidiariedade.

Em um primeiro plano, o dispositivo do art. 5º do TCE preocupa-se em explicitar o método de raciocínio e os seus condicionantes, para definir em que casos pode a Comunidade intervir em assunto ou tarefa que poderia também ser cometida a algum Estado-Membro. Em um segundo plano, aponta que o método de raciocínio deverá servir para implementar o princípio da subsidiariedade. Se, de um lado, funciona como postulado normativo, criando condições à aplicação de um princípio, de outro, o dispositivo deixa claro qual é esse princípio. Esta definição determinará ao aplicador o dever de recorrer aos fins e valores que são subjacentes ao princípio de que tratamos, de modo a que o intérprete da norma possa concretizá-lo diante de uma situação com vistas ao atendimento dos objetivos definidos pelo próprio artigo 2º do TUE.

Dado que os princípios têm por característica determinar a promoção de um fim a ser atingido, um estado de coisas a ser buscado<sup>67</sup>, importa analisar o contexto em que se insere o dispositivo, para então deduzir qual ou quais seriam estes fins ou o ideal de coisas cuja busca o princípio ordena em matéria comunitária.

A subsidiariedade apresenta uma ligação com a idéia de descentralização e de limitação do poder.<sup>68</sup> Essa relação se estabelece no sentido da promoção do desenvolvimento e da autonomia dos entes menores (no caso, os Estados-membros europeus), que devem ter a preferência à execução das tarefas. Essa preferência contribui não apenas para o desenvolvimento da autonomia do ente menor mas também para evitar a concentração do poder em um ente maior (no caso, a União Européia). Os Estados-membros europeus possuem mais condições de apurar quais os anseios e necessidades da sua população local. Possuem maior proximidade com as pessoas que nele vivem, em relação ao ente maior. Ao desenvolver, estimular, dar condições, para que os Estados-membros tenham capacidade para assumir o maior número de tarefas, está-se a contribuir para a sua autonomia, e à das pessoas que integram seu povo. Evita-se a dependência que pode ocasionar uma absorção de tarefas por um ente que conhece menos aqueles que delas se beneficiam.

Em última instância, ao priorizar a decisão por parte dos Estados-membros, atinge-se a condição ideal de descentralização do poder na União Européia.

---

<sup>67</sup> Veja-se acima, referências sobre as características dos princípios citadas com base em ÁVILA, 2003, op. cit..

<sup>68</sup> Jean-Marie Pontier (La subsidiarité em droit administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a L'Étranger*. Paris, n. 6, p. 1533, nov./déc. 1986.) aborda a limitação e descentralização do poder como um dos fins historicamente buscados pela subsidiariedade.

Eventualmente, a promoção da descentralização pode passar por um estágio anterior, que seria uma centralização temporária, destinada a suprir interinamente alguma carência dos entes menores, até o ponto em que eles possam concretizar as tarefas com maior grau de eficiência. Deste modo, pode-se dizer que o fim mediatemente atingido é também o da promoção da dignidade da pessoa humana<sup>69</sup>, visto que se abre a possibilidade de trazer a tomada de decisões para perto de seus destinatários finais, as pessoas.

O dispositivo sob exame, ao determinar que as atribuições nas quais houver competência comum ou concorrente, afirma que a Comunidade somente poderá intervir se o fizer segundo o princípio da subsidiariedade. Em razão de estabelecer desse modo, fixa os fins a serem buscados na repartição de competências comunitárias: a descentralização, com a busca do ideal da autonomia maior possível de seus membros, e o atendimento, da melhor maneira possível, dos interesses da população, para que não se descuide na definição das competências, do atendimento digno das pessoas. Depois de fixar os fins a serem alcançados, como postulado normativo aplicativo, a norma do TUE determina os meios pelos quais o alcance desses fins pode ser concretizado. Temos, no exemplo dado, a dimensão do princípio da subsidiariedade: uma norma imediatamente finalística, ocupada com fins a serem atingidos, segundo meios que assim o permitam.

---

<sup>69</sup> Silvia Faber Torres, com suporte em MESSNER e SANCHEZ AGESTA, afirma que o bem comum está relacionado à subsidiariedade, ao permitir que o Estado intervenha para manter um mínimo de condições que possibilitem o desenvolvimento material e moral de cada cidadão (TORRES, op. cit., p. 73).

Em contrapartida, na esteira da teoria dos princípios adotada como referência<sup>70</sup>, a subsidiariedade também pode vir a ser empregada como regra.

Um exemplo que pode ilustrar essa afirmação pode ser encontrado no disposto pelo art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, que trata do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental. O parágrafo do citado artigo estabelece que *“Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”*

O Supremo Tribunal Federal, ao examinar pedido de liminar na argüição de descumprimento de preceito fundamental<sup>71</sup>, entendeu que

*“O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei n. 9.882/99, art.4 º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado.”*

Neste exemplo, a subsidiariedade foi empregada como regra. O § 1º do art. 4º anteriormente reproduzido estabelece a proibição a uma conduta, ou seja, proíbe a

---

<sup>70</sup> Em especial, ÁVILA, , 2003, op. cit., p. 63.

<sup>71</sup> ADPF n. 17-AP, de 28.09.2001. Rel. Min. Celso de Mello. Transcrição publicada no Informativo 243 do STF.

admissão, pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, de uma ação desta espécie sempre que houver outra medida judicial específica e mais efetiva para atacar a lesão a direito que o demandante apresentar. Em outras palavras, o dispositivo ocupa-se em definir um comportamento vedado - esse o seu objeto imediato. Apenas mediata e indiretamente é que o dispositivo citado pode ser compreendido como meio para atingir fins. Os fins, neste caso, constituem-se no emprego do meio judicial mais adequado e eficaz à defesa do direito alegado e o resguardo da função prevalente do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição; esse pode ser chamado a decidir quando um preceito fundamental for violado, mas não nas ocasiões em que outro Tribunal possa agir para aplicar o direito ao caso.

Essa situação foi objeto de discussão na decisão anteriormente citada, pois tratou-se de medida proposta pelo então governador do Estado do Amapá, que, por entender que as regras constitucionais previstas à nomeação dos primeiros desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado, que antigamente era Território – art. 235,V e VI da Constituição – não teriam sido observadas, pelo que teriam restado descumpridos os preceitos fundamentais inscritos nos artigos 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV da Constituição.

Segundo o Ministro Relator Celso de Mello, somente seria possível admitir a argüição de descumprimento de preceito fundamental no caso de não haver outro instrumento mais efetivo à proteção dos direitos alegados<sup>72</sup>. Na questão apresentada, a

---

72 No Direito alemão, fala-se em subsidiariedade também quando se trata da “subsidiariedade do recurso constitucional”, pela qual este recurso somente é admissível se o recorrente não pode afastar, pela interposição de um recurso jurídico, ou por outro meio, a afirmada lesão de direito fundamental, sem o apelo ao Tribunal Constitucional. Esse aspecto também é mencionado pelo Ministro Celso de Mello no acórdão ora

proteção dos direitos seria mais efetiva caso tivesse havido a propositura de uma ação popular. Não se vislumbra no exemplo dado, portanto, uma preocupação com um método para o emprego de norma, que torne possível a concretização de um princípio – que caracteriza um postulado normativo –, nem tampouco objetiva diretamente o alcance de fim ou valor que se pretenda atingir. O propósito da regra utilizada como exemplo é o de traduzir um comportamento devido, o qual apenas indiretamente contribuirá para que se atinja alguma meta ou fim.

Com isso, fica aclarada a dúvida inicial a respeito de qual a figura em que se enquadraria a subsidiariedade. Segundo a perspectiva adotada em ÁVILA, para elucidar a teoria dos princípios, não se pode reduzir o emprego da subsidiariedade a apenas uma figura jurídica normativa. A análise da aplicação dada ou passível de sê-lo, em tese, dos dispositivos previstos pelo ordenamento que possuam elementos de subsidiariedade, é que permite inferir diante de qual figura normativa se pode estar.

A partir de tal verificação, o presente trabalho seguirá no intuito de examinar se os elementos da subsidiariedade anteriormente apresentados encontram espaço de manifestação no âmbito da ordem econômica, para, em um passo seguinte, analisar a ordem econômica nacional sob a ótica da subsidiariedade, tanto na condição de princípio quanto na de regra ou postulado normativo aplicativo.

---

sob exame. Para mais detalhes, veja-se HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998 p. 272.

### 3. Subsidiariedade e ordem econômica

#### **3.1 – Enfoques da subsidiariedade aplicáveis à ordem econômica: subsidiariedade estatal ou horizontal**

Para que possamos buscar na ordem econômica a identificação dos elementos da subsidiariedade, é preciso aclarar qual é o enfoque desta que está sob estudo.

Gaspar Ariño Ortiz distingue a subsidiariedade estatal da subsidiariedade institucional. Esta última diz respeito às relações intergovernamentais, seja de cunho nacional – como a descentralização político-administrativa, que deve priorizar a ação dos entes locais ou entes federados menores, em detrimento da União –, seja referentes à ordem internacional, a exemplo das relações entre os Estados europeus e a Comunidade Européia. Portanto, a subsidiariedade institucional cuida das relações estabelecidas internamente entre os entes estatais, mormente, para definir a quem cabe o exercício de competências. Propõe que aquelas decisões que podem ser adotadas com igual ou maior eficiência sejam tomadas por um nível político e administrativo inferior, e, por isso, mais próximo dos cidadãos.<sup>73</sup> Esse enfoque da subsidiariedade é objeto da doutrina que a aborda como fundamento do federalismo<sup>74</sup>, e como instrumento de definição de competências entre os Estados que integram a União Européia<sup>75</sup>.

---

<sup>73</sup> ORTIZ, op. cit., p. 113.

<sup>74</sup> Sobre a subsidiariedade e o federalismo, veja-se, dentre outros, BARACHO, op. cit., p. 43-52; ZIMMERMANN, op. cit., p. 199-213; DEUERLEIN, op. cit., p. 319-326; STADLER, op. cit., p. 138-166; MILLON-DELSOL, op. cit., p. 38-43.

<sup>75</sup> Acerca da aplicação da subsidiariedade na União Européia: MILLON-DELSOL, op. cit., p. 92-119; QUADROS, op. cit.; LATAILLADE, op. cit., p. 123-145.

De outro lado, a subsidiariedade estatal tem como sujeitos o Estado e os particulares e/ou as entidades intermédias. Esta diz respeito às relações entre indivíduo e Estado, de modo a contemplar uma questão organizativa substancial: qual há de ser o grau de intervenção do Estado - ou o nível deste na condição de protagonista - na vida econômica e social de um país e qual deve ser o âmbito de livre atuação dos cidadãos e grupos sociais intermédios.<sup>76</sup> Isto significa que, em se tratando de uma conjuntura que admita e requeira um Estado mais atuante, certamente existirá norma de subsidiariedade que imponha ao Estado um dever positivo. Por outro lado, se não se vislumbra o Estado como ator principal ou maestro, a ordem econômica mostrará a prevalência da norma de subsidiariedade que impõe o dever estatal negativo, de abstenção<sup>77</sup>.

Se o sentido da subsidiariedade aplicada à ordem econômica - acima traduzido por Ortiz - estabelece qual é o grau de intervenção estatal na economia, uma das faces da subsidiariedade ora tratada claramente diz respeito às relações entre Estado e entes privados no cenário econômico. Para Jaime Rodríguez-Arana, essa constitui a chamada “subsidiariedade horizontal”<sup>78</sup>. Ela corresponde ao conjunto de normas de conteúdo especificamente econômico, que define as competências entre poderes públicos e forças sociais. Graças a tais normas, insertas, no caso da Espanha, na Constituição Econômica, são

---

<sup>76</sup> ORTIZ, op. cit., p. 113.

<sup>77</sup> Segundo afirma Eros Grau (op. cit., p. 64), estando definido na nossa Constituição o modelo capitalista, as normas constitucionais se apresentam destinadas a conservar e ajustar esse modelo. Logo, o fato de identificarmos o predomínio de normas que impõe atuação positiva ou negativa do Estado não acarreta alteração no modo de produção eleito. Neste sentido, RODRÍGUEZ-ARANA, afirma com razão que a subsidiariedade não se revela apenas no Estado liberal, pois “...*el aspecto positivo del principio y la obligación finalista del actuar público evita que pueda identificarse con el dogma de la no intervención propia de la ideología liberal burguesa.*” (Sobre el principio de subsidiariedad. *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo. Derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y Administraciones Públicas*. Granada: Editorial Comares, 1999. p.57).

<sup>78</sup> Assim referida também por MEDAUAR, 2003 a ,op.cit., p. 245, e por ISENSEE, op.cit., p. 92-93.

estabelecidos os princípios que devem reger a atividade econômica desenvolvida pelos indivíduos e pelo Estado, além de determinar as liberdades, direitos, deveres e responsabilidades no exercício de tal atividade.<sup>79</sup>

No Direito francês, essa preocupação em discernir o limite de espaço de liberdade da iniciativa privada e definir até que ponto e em que situações pode também o Estado atuar nessa zona de ação, é considerada uma das manifestações do “princípio” da liberdade de comércio e indústria<sup>80</sup>. Como consequência deste princípio, impõe-se ao Estado francês o dever de abstenção de atuar em atividades industriais ou comerciais, exceto quando houver autorização legal expressa, quando as atividades corresponderem a um interesse público que não é satisfeito pela iniciativa privada, e nos casos em que o agir venha a ser um prolongamento normal da ação de um serviço público administrativo.<sup>81</sup> Tal dever de abstenção foi bastante relativizado pela interpretação que lhe foi dada pelo Conselho de Estado, a partir de 1939, não apenas no que se refere à admissão da atuação do Estado francês na economia mas também abrindo espaço a que as municipalidades explorassem atividades, ao invés de conferir sua gestão a pessoas privadas mediante contratos de concessão.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> RODRÍGUEZ-ARANA, op. cit., p. 80. A subsidiariedade “vertical” seria aquela relativa à distribuição de competências entre diferentes entes administrativos, como uma técnica organizativa mais identificada com a descentralização (p. 78-80).

<sup>80</sup> Essa liberdade é baseada no texto do “decreto d’Allardes”, de 2-17 de março de 1791. Cf. LAUBADÈRE, op.cit., p. 232-233.

<sup>81</sup> A regra estabelecida deste modo é consequência de uma decisão do Conselho de Estado francês, de 29/04/1970 (*Société Unipain*, A. J. D. A, 1970, p. 430), na qual foi julgado lícito o fornecimento de pão a estabelecimentos penitenciários por uma padaria militar. LAUBADÈRE, op.cit., p. 262-263.

<sup>82</sup> Laubadère, inclusive, reconhece que esse “princípio de abstenção” constituiria uma forma de interpretação da lei, razão pela qual tal maleabilidade se mostrara possível diante do desenvolvimento das idéias de intervencionismo econômico (ibid., p. 266-268).

Ainda que sem referir expressamente à designação “subsidiariedade estatal” ou “horizontal” e enunciando várias críticas<sup>83</sup>, Vital Moreira também faz menção à doutrina que eleva a subsidiariedade à condição de princípio legitimador da intervenção do Estado na economia em meio a um modo de produção capitalista. No dizer do autor, para alguns doutrinadores, sua função seria não apenas de justificar a ação do Estado quando se tem uma forma dominada pela iniciativa privada na disposição dos bens econômicos mas também como um critério de delimitação material da ação estatal.<sup>84</sup> Ao trazer o tema para esse meio – definição do nível organizacional, público ou privado, o qual deve assumir as ações na área econômica –, o autor, apesar das críticas que fez, estava se reportando à subsidiariedade do tipo estatal ou horizontal.

Resta saber se a subsidiariedade, assim tratada, permite que realmente sejam encontrados nesse meio – sem restringir ou direcionar, neste momento, a análise à ordem econômica brasileira - os pressupostos que garantem o espaço de seu surgimento, exame que passamos a fazer a seguir.

### **3.1 Os elementos da subsidiariedade estatal ou horizontal na ordem econômica**

A Constituição brasileira, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, evidencia que nesse âmbito são dois, basicamente, os grupamentos distintos

---

<sup>83</sup> MOREIRA entende que a subsidiariedade teria perdido as condições de sua existência, pois, na atualidade, a participação do Estado na economia não é excepcional, e sim, condição para o equilíbrio e desenvolvimento econômico (op. cit., p. 156). Esse posicionamento, todavia, não considera que a subsidiariedade apresenta também um aspecto positivo, qual seja, de intervenção do ente maior, característica esta que integra o objeto de exame do presente trabalho.

<sup>84</sup> MOREIRA, op.cit., p. 152-157.

que se apresentam: um deles, representado pelo Estado; o outro, pela iniciativa privada. Cada qual possui uma esfera de atuação que pode vir a ser, em determinado momento, mais ou menos relevante e abrangente do que a do outro grupamento.

No que diz respeito à exploração de atividades econômicas, o art. 173<sup>85</sup> da Constituição propõe que esta se dê em dois níveis de agente: um, representado pelos entes privados; outro, pelo Estado. O dispositivo deixa claro que o nível preponderante nesse assunto é deixado ao grupamento representado pela iniciativa privada, constituindo o Estado o círculo subsidiário no qual a tarefa possa vir a ser desempenhada.

Estes são, portanto, os sujeitos da subsidiariedade no campo da ordem econômica na Constituição: Estado e iniciativa privada.

Considerando que o objeto da subsidiariedade é representado pelas atribuições repartidas em graus distintos entre os sujeitos, no domínio da ordem econômica duas são, basicamente, as tarefas que podem ter o seu grau de intensidade definido segundo a subsidiariedade.

A primeira delas é a *exploração de atividade econômica*, ou seja, a atividade representativa de uma atuação direta na economia. Como já foi mencionado acima, a Constituição deixa evidente que o sujeito ao qual incumbe prioritariamente desenvolver atividades de exploração econômica é a iniciativa privada. Confia-se-lhe o desempenho de tarefas, tais como o exercício da atividade bancária e financeira. Apenas

---

<sup>85</sup> 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 definido em lei.*”

excepcionalmente o outro sujeito da subsidiariedade – o Estado – será demandado a assumi-la.

O ponto tido como de difícil definição adquire ainda maior complexidade ao admitirmos que, dentre as tarefas assumidas pelo Estado contemporâneo, aquelas caracterizáveis como “desempenho de atividade econômica” são executadas por pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública e que adotam forma jurídica idêntica àquelas que realizam ações tidas como *prestação de serviços públicos*, isto é, as empresas públicas e sociedades de economia mista<sup>86</sup>. As discussões que emergem a partir deste fato buscam, via de regra, definir se esta ou aquela entidade estatal possui função de prestar serviço público ou exercer atividade econômica. Desta definição a consequência advinda será a fixação de regime jurídico diferenciado: predominantemente de Direito Público, na primeira hipótese, ou predominantemente de Direito Privado, na segunda<sup>87</sup>.

De acordo com o magistério de Eros Grau,<sup>88</sup> a prestação de serviços públicos constitui espécie do gênero denominado *atividade econômica*<sup>89</sup> que também cuida da satisfação de necessidades por intermédio do emprego de bens, serviços e recursos escassos, mas cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Importa o

---

<sup>86</sup> Para uma crítica à ausência de distinção entre as prestadoras de serviços públicos e aquelas que exercem atividade econômica, veja-se DI PIETRO, *op.cit.*, p. 42-43.

<sup>87</sup> A propósito da distinção, veja-se BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.404-405. GRAU, *op. cit.*, p. 141-142.

<sup>88</sup> GRAU, *op. cit.*, p. 140 e segs.

<sup>89</sup> Odete Medauar diverge de Eros Grau, entendendo que serviços públicos não são espécie de atividade econômica, não se aplicando, inclusive, a estes, alguns dos preceitos do art. 170 da Constituição, voltados à atividade econômica, como a livre iniciativa, pois a decisão que abre espaço à exploração de serviço público pelos privados é sempre do setor público, não havendo liberdade para um privado tomar a opção de prestar o serviço (Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coord. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo*: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003c. p. 125).

atendimento a necessidades de cunho indispensável, sobre as quais resida interesse público relevante, ligado aos fins da comunidade. A prestação de serviço público pelos sujeitos privados pode dar-se pelo regime de concessão e permissão, conforme estabelece o art. 175 do texto constitucional<sup>90</sup>. Isto significa que esta espécie de atividade econômica permite a transferência de sua *gestão* aos sujeitos privados, sempre mantida a *titularidade*, o vínculo orgânico, com o sujeito estatal.<sup>91</sup>

Assim visto, em se tratando – segundo o critério proposto por Eros Grau – da exploração de atividade econômica como uma das tarefas que mencionamos como *objeto da subsidiariedade*, podemos vislumbrá-la como dotada de caráter amplo, o qual compreende duas formas de exercício: a realização de atividade econômica em sentido estrito e a prestação de serviço público, cada uma delas assumida em graus diferenciados pelos sujeitos da subsidiariedade, como já foi mencionado anteriormente.

Diante desse conjunto de tarefas que constituem o objeto da subsidiariedade na ordem econômica, resta saber qual é *o termo normativo* que lhe é inerente, ou seja, qual é a relação que deve ser estabelecida entre os sujeitos – Estado e iniciativa privada – embasada no estabelecimento de deveres positivos (de intervenção) ou negativos (de abstenção) em determinado momento ou caso concreto, para a realização do objeto da subsidiariedade de acordo os fins que lhe são atribuídos.

---

<sup>90</sup> Dinorá Grotti menciona doutrinadores como Entrena Cuesta e Martín Retortillo que definem a autorização como instrumento adequado para o exercício do poder de polícia de forma mais intensificada aplicável àquelas atividades privadas que, por seu interesse para a coletividade, demandam uma série de controles por parte da Administração (*O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 121.).

<sup>91</sup> COUTO E SILVA. Almiro. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *In Revista de Direito Administrativo*, n. 230, out./dez. 2002, p. 73.

Examinar o termo normativo que compõe a subsidiariedade no âmbito da ordem econômica (dentro dos limites em que o assunto é tratado no presente trabalho) possibilita a que se determine – diretamente ou pela interpretação – a quem caberá exercê-la direta ou indiretamente, para que ao final sejam atingidos os fins da subsidiariedade. Por vezes, prevalecerá ao Estado o dever negativo da subsidiariedade, deixando-se ao jogo do mercado – livre iniciativa – a atuação dos agentes econômicos privados em determinado setor. Em outras situações, por prevalecer o dever positivo, o Estado deverá criar entes que executem alguma atividade lucrativa, ou mesmo, subtrair, total ou parcialmente, a possibilidade de a iniciativa privada dedicar-se a alguma atividade específica.

O termo normativo genérico da subsidiariedade, já examinado, estatui que o objeto (tarefas) não pode ser retirado do sujeito menor, e sim, a este deve ser preservado - é a idéia subjacente ao conceito que propõe uma saída “de baixo para cima”. Em outras palavras, é um parâmetro de organização cujo ponto de partida é a pessoa, cuja possibilidade de ação deve ser garantida<sup>92</sup> - este é o *dever negativo* decorrente da norma que liga sujeito e objeto. Porém, caso o sujeito (ente menor) demonstre incapacidade de realizar o objeto, ou diante da necessidade de apoio ou subsídio para executá-lo, caberá ao outro sujeito (ente maior) assumi-lo, de modo subsidiário. Neste ponto encontra-se o *dever positivo* estatuído pelo termo normativo da subsidiariedade e que relaciona os dois sujeitos em torno da concretização de um objeto.

No plano da ordem econômica, essa expressão normativa pode representar a prevalência do *dever negativo* ao ente estatal nas ocasiões em que a

---

<sup>92</sup> RINELLA, op.cit., p. 40.

concretização do valor da livre iniciativa pelos entes privados (art. 1º, IV, *in fine*, da Constituição) não constituir óbice ao desenvolvimento de forma autônoma e concomitante de vários particulares, nem importar em falta de investimento nos setores cujo desenvolvimento seja imprescindível para garantir a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Exemplificando, temos a questão da possibilidade ou não de vir o Estado a desempenhar diretamente as atividades econômicas. Trazendo o problema para o Direito francês, em casos reais que poderiam encontrar verossimilhança no ordenamento brasileiro, Laubadère cita o exemplo submetido ao Conselho de Estado, no qual foi admitida a criação de um matadouro municipal, com a finalidade de – por meio do exercício da atividade econômica pelo Estado -, instigar a competição com os privados, e este estabelecimento funcionar como meio de regularização dos preços.<sup>93</sup> Em outro caso, foi admitido que a cidade de Nanterre criasse um consultório dentário, situação decorrente das carências apresentadas pela população, formada, em boa parte, de beneficiários da seguridade social. Significa que, no caso, ficou definido que a atividade constituiria serviço público que poderia ser prestado diretamente pelo poder público municipal.<sup>94</sup>

Se tomarmos os exemplos citados para visualizar o significado do termo normativo da subsidiariedade, observamos que eles reforçam a afirmação de Paulo Otero a respeito do agir ou não-agir do Estado português. Para ele, em vista da necessidade de concretizar a cláusula do Estado do bem-estar, esse Estado assume deveres, podendo

---

<sup>93</sup> LAUBADÈRE, op. cit., p. 268. Refere-se o caso a C. E., 24/11/1933, *Zénard*, S., 1934.3.105, concl. Detton, nota Mestre).

<sup>94</sup>Ibid., p. 269. Refere-se o caso a C.E., 20/11/1964, *Ville de Nanterre*, p. 563.

estar dentre estes a execução direta de atividade econômica.<sup>95</sup> Tal situação, nos termos da Constituição de Portugal, somente pode ocorrer se houver interesse público. Em outras palavras, se não existir, dentre os privados, capacidade de desenvolver determinada área econômica, e existir necessidade de esta vir a ser exercida, para o bem da população destinatária do agir estatal. Por outro lado, cessada tal necessidade ou com a insuficiência dos particulares, a subsidiariedade pode atuar, inclusive, favorecendo a que o desempenho destas atividades retorne à iniciativa privada por meio das privatizações.<sup>96</sup>

De qualquer sorte, o foco normativo estabelecido entre sujeito e objeto consiste em não subtrair as atribuições passíveis de serem levadas a efeito pelos entes menores. Caso isso não ocorra, o ente maior torna-se responsável pelo dever positivo, isto é, o de subsidiar o ente menor, dando condições ou corrigindo o mecanismo prejudicial ao seu desenvolver natural e autônomo.

---

<sup>95</sup> Tais afirmações que reconhecem os deveres positivos do Estado nos fazem discordar da afirmação de Vital Moreira (op. cit., p.156), no sentido de que a subsidiariedade já não mais teria sentido. Esse autor entende que o papel do Estado já não mais seria passivo nos dias de hoje, também lhe cabendo funções que importem na transformação da realidade. Parece-nos que tal posicionamento tem por base apenas a visão do termo normativo negativo da subsidiariedade. Segundo a concepção que ora apresentamos desse conceito, consiste também em aplicação da subsidiariedade a atuação positiva do Estado, seja em caráter protetivo, seja de cunho transformador, quando houver insuficiência da iniciativa privada com prejuízo à coletividade.

<sup>96</sup> OTERO, Paulo. *Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 17, 114, 122 e 166. Segundo o autor, em Portugal, a Constituição de 1933 previa a atuação subsidiária do Estado na economia, o que não mais ocorreu após 1976. Atualmente, a subsidiariedade encontra-se implícita na Constituição Portuguesa (Ibid., p. 38).

### 3.3 – Destinatários e aplicação da subsidiariedade na ordem econômica

Visto que os elementos da subsidiariedade são encontrados na ordem econômica, e o seu enfoque destina-se a reger quem deve ter a preponderância de atuação nesse âmbito, surge a questão: a quem se direciona essa definição? Há a possibilidade de aplicação da subsidiariedade em casos concretos, de modo a que, supondo-se esta incorretamente aplicada, alguém poderia ser provocado a aferir a situação, e, eventualmente, determinar sua correção?

Alguns autores, tais como Marta Borges, chamam a atenção para o fato de que uma das críticas formuladas ao emprego da subsidiariedade está em que ela seria dotada de um caráter não-jurídico, o que impediria o seu controle jurisdicional. Disso se deprenderia, para alguns, que o emprego da subsidiariedade dar-se-ia no plano das decisões políticas, em especial, por intermédio da opção do legislador ao editar normas potencialmente capazes de subtrair competências de entes menores.<sup>97</sup>

Todavia, de acordo com o que até aqui já foi desenvolvido, não há como se negar que a subsidiariedade, ainda que aplicada em vários setores, não só pode como é uma das normas jurídicas presentes nos ordenamentos econômicos. O fato de a ordem econômica apresentar características que permitam que a subsidiariedade nela

---

<sup>97</sup> BORGES, Marta. Subsidiariedade: controlo *a priori* ou *a posteriori*. *Temas de Integração*. Coimbra, v. 2, n. 3, p. 71-75, 1997. O texto explora a problemática da justiciabilidade da subsidiariedade no âmbito do Direito Comunitário, antes da elaboração do Protocolo anexo à Constituição da Europa, que se ocupou de estabelecer o controle político *a priori*, e o judicial, *a posteriori*. Vale referir que a abordagem do artigo diz respeito à subsidiariedade vertical, segundo as distinções anteriormente traçadas.

imprima seus elementos confirma essa hipótese, ainda que por vezes os textos normativos a contenham implicitamente.

Com relação aos destinatários da subsidiariedade como norma jurídica, devem-se discernir dois momentos de sua definição. O primeiro seria aquele em que a atividade considerada como econômica será exercida por um dos sujeitos da subsidiariedade, nos termos que lhe correspondem, isto é, Estado, ou iniciativa privada. O segundo momento é aquele em que, considerado por um dos sujeitos imbricados que não houve observância à subsidiariedade, esta deve ser objeto de controle. No primeiro caso, em se tratando do Estado, tanto podemos concebê-lo na condição de administrador, quanto no exercício da função de legislar, sendo o destinatário da norma. O administrador o faz, por exemplo, quando aplica as normas da ordem econômica, dentre as quais pode estar a subsidiariedade, e, pautado nelas, justifica a criação de ente estatal que explore a atividade econômica, ou ainda, toma medidas voltadas à sua extinção. O legislador pode deparar-se com o dever de observar a subsidiariedade ao autorizar, por meio de lei, a criação de ente pertencente à administração pública que explora atividade econômica, ou definindo medidas legislativas de cunho interventivo na economia.

Ao Judiciário é que se destina ordinariamente a norma de subsidiariedade, pois é ele que poderá, em última instância, ser provocado a controlar sua aplicação sempre que surgirem dúvidas acerca do seu atendimento. Nesse sentido, esse controle poderá exigir o emprego da proporcionalidade, a fim de que esta, como metanorma, venha a definir a moldura na qual a subsidiariedade deva ser aplicada no caso concreto. Deve-se considerar, ainda, que a subsidiariedade é que, em alguns casos, poderá

funcionar como a metanorma – ou postulado normativo aplicativo – de modo a servir como parâmetro à aplicação de outras normas voltadas à ordem econômica.

Em grande parte, contudo, pode-se inferir que a subsidiariedade terá o administrador como destinatário, como postulado normativo aplicativo. Ela possibilitará a delimitação da moldura na qual o Estado brasileiro, por intermédio de sua estrutura administrativa, atuará para o cumprimento das normas constantes nos artigos que disciplinam as atividades sujeitas ao monopólio do Estado, bem como os artigos 173 e 175 da Constituição, objeto de exame na seqüência.

## **Parte II – A atuação do Estado na ordem econômica mediante absorção, participação e prestação de serviços públicos sob a ótica da subsidiariedade na Constituição de 1988**

Se até o momento foi possível ver configurada a subsidiariedade como conceito aplicável, de modo genérico, às relações entre Estado e particulares no que se refere à ordem econômica, faz-se necessário dar um passo adiante. Tal atitude tem por intuito buscar responder à questão posta de início: as normas da ordem econômica da Constituição brasileira de 1988 trazem subjacentes em si próprias os pressupostos e componentes da subsidiariedade? Em que situações concretas isso pode ser vislumbrado? De posse, pois, mais uma vez, desses questionamentos, é que seguimos o nosso percurso, agora abordando diretamente as normas da nossa Constituição.

O conjunto das normas apresentadas pela Constituição de 1988 no que diz respeito à ordem econômica aponta, no dizer de Eros Roberto Grau, para a intenção do legislador constituinte em estabelecer um modelo de bem-estar<sup>98</sup>. Nesse sentido, reúne em si um grupo de normas de cunho intervencionista, que fornece um instrumental para a transformação da realidade. Ou ainda, segundo o mesmo autor<sup>99</sup>, um conjunto de normas que estabelece um “dever ser” – um quadro de diretrizes a ser implementado pelas políticas

---

<sup>98</sup> GRAU, op. cit., p.37 e 368.

<sup>99</sup> Ibid., p. 63-67.

públicas que devem ser concretizadas pelos governantes - o qual busca o aprimoramento do “mundo do ser” (modelo capitalista eleito pela Constituição).<sup>100</sup>

A estrutura normativa estabelecida no capítulo que cuida dos princípios gerais da atividade econômica apresenta o agir do Estado, em seu sentido mais amplo, bipartido em duas grandes modalidades. A primeira, regradada pelo art. 173, trata da atuação direta do Estado no campo de atuação típico do setor privado. É a modalidade de atuação denominada **intervenção do Estado** no domínio econômico, ou seja, o agir estatal na atividade econômica tomada em seu sentido estrito. Esta intervenção pode se dar pela atuação **direta** do Estado de modo **exclusivo** (monopólio), ou dividindo espaço com os particulares em regime de **competição** (participação). O modo **indireto** de intervenção ocorre por meio da sua ação regulatória, incidente *sobre* a iniciativa privada (fiscalização, incentivo e planejamento<sup>101</sup>), nos termos do art. 174. A segunda, prevista pelo art. 175, regula o agir do Estado em setor que lhe é considerado típico, qual seja, a **prestação dos serviços públicos**<sup>102</sup>, agir este que pode ser delegado aos particulares, ou, em determinado momento, *retirado* da esfera pública, deixando de configurar serviço público.

---

<sup>100</sup> No mesmo sentido, Cezar Saldanha SOUZA JUNIOR (*Consenso e tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002. p. 74-75) explica que o Estado social consiste no modelo em que o sistema político e o sistema econômico-social interagem, influenciando um sobre o outro, com a finalidade última de alcançar o bem comum (p. 84). Nessa linha, apontam também Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, e Ney PRADO, (op. cit., p. 126-127), que identificam a existência de um sistema econômico descritivo – que reflete a realidade, ou o “mundo do ser” – e o sistema econômico normativo, destinado a impor limites, balizas e ideais.

<sup>101</sup> Para Eros Grau (op. cit., p. 177-178), o planejamento não seria, em si mesmo, uma modalidade de intervenção, mas um método capaz de qualificar essa intervenção, tornando-a uma atividade racional e sistematizada, evitando ações estatais aleatórias na área econômica.

<sup>102</sup> Veja-se, a propósito dessa classificação, GRAU, op.cit.,p. 129-178. Ver, também, outras classificações: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 12. ed., 1999, p. 588. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 13. ed., 2003, p. 465-466.

Nossa busca pela resposta ao questionamento inicial abordará, a seguir, portanto, os dispositivos constitucionais relativos à atuação *direta* do Estado na atividade econômica, bem como o atinente à prestação de serviços públicos. Em outras palavras, aqueles que cuidam da subsidiariedade *estatal* ou *horizontal* e que podem levantar questões a respeito do desempenho da exploração econômica pelo Estado, a desestatização, a privatização, a “quebra” de monopólios estatais e as transformações do contrato de concessão de serviços públicos.

Como mencionado acima, a atividade estatal denominada de *intervenção* consiste na atuação do Estado na área própria do setor privado. Isto significa agir no âmbito destinado a outrem<sup>103</sup>. A intervenção pode se efetivar **no** domínio econômico ou **sobre** o domínio econômico.<sup>104</sup> No primeiro caso, encontramos o Estado desempenhando o papel de agente econômico, e, portanto, na prática daquilo que é definido como atividade econômica em sentido estrito, tais como as atividades industriais e comerciais. A atuação no domínio econômico pode dar-se por **absorção** – quando o Estado retira da iniciativa privada a possibilidade do desempenho e/ou do domínio decisório sobre determinada atividade, e passa a exercê-la em regime de monopólio – ou por **participação**. Nesta última, o Estado assume apenas parcialmente determinado setor da atividade econômica em sentido estrito, e o exercício dessa atividade ocorre paralelamente ao das pessoas privadas, em regime de competição.<sup>105</sup>

Passemos ao exame desses dois mecanismos, à luz da subsidiariedade.

---

<sup>103</sup> A explicação é de GRAU, op. cit., p. 174.

<sup>104</sup> As distinções são do autor acima citado: ver op. cit., p. 175-177.

<sup>105</sup> GRAU, op. cit., p. 175.

#### 4. A intervenção do Estado mediante absorção: monopólio estatal e subsidiariedade

##### 4.1 – O monopólio e sua configuração na Constituição de 1988

Mais uma vez empregando a distinção apresentada por Eros Roberto Grau, tem-se que o Estado, quando opta por atuar no domínio econômico, por vezes o faz por meio do emprego da *absorção*. Nesse caso, ele assume os meios de produção ou de troca em algum segmento da atividade econômica<sup>106</sup>. Isto é, o Estado passa a ser o agente econômico por excelência em determinado setor. Ocorre, então, o que se chama de “monopólio legal”, já que o seu surgimento decorre de previsão normativa. As outras formas pelas quais se estabelece o monopólio de uma atividade são a existência de circunstâncias fáticas de mercado que impossibilitem, parcial ou totalmente, a concorrência, ou ainda, ações ilegais que induzem à supressão da concorrência por meio do abuso do poder econômico (*trust*).<sup>107</sup>

Quando se estabelece o monopólio legal em favor do Estado, evidencia-se, de certo modo, a eliminação da livre iniciativa privada em certa área. O

---

<sup>106</sup> GRAU, op. cit., p. 175. O autor destaca que o Estado, nessa condição, assume **integralmente** os meios de produção. Entretanto, o conceito de monopólio também abrange modelos em que algumas etapas do processo econômico são executadas pelos particulares, como veremos adiante, e segundo afirma Nelson EIZIRIK (Monopólio estatal do gás – participação de empresas privadas na sua execução. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo v. 95, n. 10, p. 123-126, 1995.).

<sup>107</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 1867.

controle do setor é entregue ao Estado.<sup>108</sup> A instituição do monopólio é devida aos reflexos potenciais que a atividade monopolizada poderia produzir sobre a soberania nacional ou sobre outros valores essenciais ao Estado. A criação de um monopólio por intermédio de uma previsão normativa, é, portanto, existente devido a uma opção política, e não decorrente de alguma necessidade de atendimento a direitos fundamentais. Tal necessidade é característica dos serviços públicos, enquanto que o monopólio estatal é exercido sobre espécie de atividade econômica em sentido estrito.<sup>109</sup>

Na Constituição de 1988, as hipóteses de supressão da iniciativa privada foram instituídas sob *numerus clausus*. Dois setores constam expressamente como áreas de exploração econômica restrita, por meio do sistema monopolístico, à União Federal: o petróleo e o setor nuclear. Ambos estão definidos expressamente como monopólio no art. 177 da Constituição:

*“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 natural ou estrangeiro;*

---

<sup>108</sup> Segundo CARVALHO FILHO (*Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 13. ed. atual., 2005, p. 724), o monopólio admite a delegação da execução da atividade a outra pessoa, situação esta denominada **privilégio**. Entretanto, tal situação, que na atualidade tem sido mencionada como “flexibilização” da atividade monopolística, é atribuída a Eros Grau (op. cit., p. 167) como característica dos serviços públicos, e não de atividade econômica. A atividade econômica, segundo este autor, é exercida ou no sistema de monopólio, ou de competição. No mesmo sentido de GRAU, veja-se MOREIRA NETO, op. cit., p. 470.

<sup>109</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 560. No mesmo sentido, afirmando que monopólio somente se institui quando o objeto é atividade econômica: BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222, p. 203, out./dez. 2000.

*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.”*

Diferentemente do texto constitucional anterior, a Constituição de 1988 não abriu a possibilidade de outras áreas virem a ser subtraídas da atividade econômica privada por meio de lei<sup>110</sup>. Por isso, o estabelecimento de novos monopólios, ou a alteração dos existentes, ficou sujeito ao processo de alteração da Constituição, por intermédio de emenda. Neste sentido, além das hipóteses trazidas pelo art. 177, somente outras são cabíveis, desde que igualmente contidas no texto constitucional.

Essa supressão da possibilidade de estabelecimento de novos setores monopolizados por simples lei ordinária, prevista no sistema constitucional anterior, pode ser compreendida como fundada na subsidiariedade. Assim também o é – mas com maior

---

<sup>110</sup> Na Constituição de 1967, o art. 163 assim previa: “São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.”

grau de subsidiariedade - a enumeração exaustiva das áreas monopolizadas pelo Estado adotada pelo texto constitucional.

#### 4.2 Análise e aplicação da subsidiariedade como termo normativo positivo

Ao trazermos para esse meio a noção de subsidiariedade e os componentes do seu conceito, temos aqui que os **sujeitos** envolvidos são, de um lado, os vários níveis de entes privados que atuam em certo segmento econômico e, de outro, o Estado. O **objeto** em questão é a própria atividade que, em certo momento histórico, acaba por ser subtraída dos grupamentos de sujeitos tidos como “menores”, para ser atribuída primordialmente ao ente maior, isto é, o Estado<sup>111</sup>. O monopólio é, pois, uma situação em que os sujeitos da subsidiariedade se deparam com a assunção da atividade-objeto em especial por um destes, seja esta situação antecipadamente prevista ou não como reversível<sup>112</sup>. Como os entes menores se vêem, no monopólio estatal, à mercê do domínio decisório atribuído ao Estado, a subsidiariedade presente na sua definição prevê que esta situação é de caráter excepcional. Isto quer dizer que somente é retirada dos particulares ou dos entes menores a possibilidade de atuar em um setor econômico nas situações expressamente previstas pela Constituição, situações estas que hoje já não mais podem ser criadas por lei, nem tampouco ampliadas pela interpretação extensiva das normas

---

<sup>111</sup> Vale ressaltar aqui que estamos tratando unicamente da situação do monopólio estatal, já que, ao existir a configuração de monopólio de atividade ou setor por parte dos privados, este vem a ser considerado como uma das espécies de “deficiência de mercado” que surge quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado. Nesse caso, o Direito brasileiro disciplina as medidas que podem vir a ser tomadas para combater tal falha mediante a “Lei Antitruste” (Lei 8.884/93) bem como pela atuação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica).

<sup>112</sup> Sobre a reversibilidade da atividade cometida a um dos entes, ver a primeira parte desta dissertação, tópico 2.1.

constitucionais. O Estado, quando atua na condição de empresário, o faz em caráter supletivo, subsidiário aos privados, e, portanto, em situações restritas, segundo a subsidiariedade. A **expressão normativa** que liga os sujeitos à atividade econômica, nesse caso, revela que prevalece o dever positivo, visto que a atividade monopolizada não abre espaço, via de regra, aos grupos menores (setor privado), para que estes nela atuem de modo significativo.

Sendo assim, como é possível, tal como fizemos acima, afirmar que a norma constitucional que define os setores monopolizados pela União esteja fundada na subsidiariedade? Se o termo normativo que está a vincular os sujeitos atuantes na área econômica permite a eliminação da possibilidade de a tarefa ser exercida pelos entes menores, não se estaria justamente a contrariar o conceito da subsidiariedade? Não deveria haver a presença, mesmo que em grau diminuto, de espaço ao dever negativo de ingerência, a ser imposto ao ente maior (Estado)?

O espaço no qual a subsidiariedade pode ser vislumbrada no dispositivo constitucional referido foi evidenciado a partir da Emenda Constitucional n. 9, de 1995, a qual deu nova redação ao § 1º do art. 177, neste inserindo a possibilidade de a União contratar com empresas privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV, relativas, neste caso, à exploração do petróleo<sup>113</sup>. A partir da alteração da norma constitucional pela “quebra” do monopólio do petróleo, devolve-se a esse setor da

---

<sup>113</sup> “Art. 177, § 1 – 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.”

economia nacional a perspectiva de ter-se nele aplicado o dever negativo contido na norma da subsidiariedade. Foi flexibilizado o monopólio do **exercício da** atividade relacionada ao petróleo e ao gás natural, mantendo-se o monopólio **da própria** atividade, pois segue reservado ao poder público o poder de decidir a quem poderá ser atribuída essa atividade econômica,<sup>114</sup> bem como, permanece no domínio do Estado o poder de fixação dos preços. Não houve eliminação do monopólio existente, e sim a introdução de elementos que lhe dão maior elasticidade de configuração. E, ao se admitir que a União possa eleger algumas dentre as tarefas relativas a esse segmento para serem objeto de execução por empresas privadas, retoma-se com mais vigor a possibilidade de ter os sujeitos da subsidiariedade exercendo, cada um na medida das suas possibilidades e competências, uma tarefa de relevo na economia.

É preciso ainda chamar a atenção para o seguinte aspecto: quando nos referimos à existência do monopólio estatal de certa atividade econômica, não se está a afirmar que no segmento econômico em questão o Estado detém a propriedade **exclusiva** dos meios de produção<sup>115</sup>. O conceito de monopólio é oriundo da teoria econômica, e significa uma situação de concorrência imperfeita, na qual o vendedor é o único fornecedor do produto – ao ser o único fornecedor, **inexiste concorrência na fixação do preço**. Isso não elide a possibilidade de o sistema jurídico admitir alguma modalidade de monopólio na qual parte do processo produtivo é concedida a terceiros, do setor privado. Essa característica não afasta a existência do monopólio, pois o preço continua a ser estipulado por este único produtor, e não formado pelo mercado.<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> Nesse sentido, veja-se MORAES, Alexandre. op. cit., p. 1868.

<sup>115</sup> Embora, como já mencionado anteriormente, este seja o conceito apresentado por GRAU (op. cit., p. 175).

<sup>116</sup> EIZIRIK, op. cit., p. 123-126.

Eis a razão pela qual pode-se ter aclarado o porquê de identificar a subsidiariedade no substrato do tratamento dispensado ao monopólio estatal na Constituição: mesmo antes da Emenda Constitucional n. 9, a organização e a gestão estabelecidas para as atividades econômicas monopolizadas não eliminavam integralmente a atuação dos entes privados no segmento, mas apenas deles retiravam o processo decisório, o poder de explorar de modo concorrencial naquele nicho econômico objeto do monopólio. Ao ocorrer o monopólio estatal de atividade econômica, ainda que este adote um modelo mais rígido, ele apresenta espaços nos quais pode haver a atuação dos sujeitos privados, mesmo que sob o poder decisório do Estado, e sem a possibilidade de assumir tal atividade na sua etapa final, que é a fixação do preço e o fornecimento do produto.

Na atualidade, a subsidiariedade marca presença no modelo de monopólio adotado pelo Estado brasileiro de modo mais intenso, visto que admite a concessão de etapas do processo aos entes privados, evidenciando-se que o termo normativo reserva o **dever positivo** de ação ao Estado com exclusividade apenas no que diz respeito ao processo decisório, à política desse setor econômico, e à fixação do preço. E tal opção decorre do fato de que o Estado é que dispõe das condições mais adequadas para resguardar esse segmento da economia, de modo a em última instância, proteger o interesse coletivo. Em outras palavras, mantém-se o Estado como ente preponderante nessa área econômica, mas reafirma-se que a iniciativa privada também pode nela colaborar e exercer tarefas. E mais: a subsidiariedade evidencia-se sob o ponto já destacado anteriormente, relativo à concepção da atual ordem constitucional, que somente permite o monopólio

naqueles casos expressamente definidos pela Constituição<sup>117</sup>. Isto significa que a subsidiariedade encontra-se subjacente, também em seu **aspecto negativo**, de abstenção do agir do ente maior, pelo fato de que orienta a excepcionalidade da instituição de monopólios estatais. E este aspecto negativo, por exigir mudança na Constituição - para a definição de novo setor de atividade a ser monopolizado - , é mais incisivo do que o do regime constitucional anterior, que também restringia o surgimento de novos monopólios, mas impunha como restrição apenas a edição de lei ordinária.<sup>118</sup>

A “quebra”, flexibilização ou redução dos monopólios estatais, não apenas segue uma tendência mundial, decorrente das transformações do Estado contemporâneo, mas também oportuniza que se estabeleça maior equilíbrio ao conjunto de normas que encerram os princípios gerais da atividade econômica na Constituição brasileira, reforçando a orientação subsidiária que aparece como pano de fundo. Isto se deve ao fato de que, fixado no *caput* do art. 170 que a ordem econômica nacional é fundada na livre iniciativa, a manutenção de monopólios ainda poderia sugerir, para alguns, a negação do princípio geral citado.

O texto constitucional pode ser mais bem compreendido neste ponto se admitirmos que ele traz uma exceção à subsidiariedade da atuação estatal na ordem econômica – vista esta no seu sentido negativo - exceção esta que convive com o princípio

---

<sup>117</sup> Veremos, mais adiante, que a Constituição traz outras hipóteses tidas como monopólio, além das previstas no art. 177.

<sup>118</sup> Ainda que menos restritivo o texto constitucional de 1967, PONTES DE MIRANDA já chamava a atenção para o fato de que o Estado, ao monopolizar determinada atividade, somente estaria atendendo à Constituição se o fizesse pela edição de lei especial federal, promulgada com base em interesse público, e sem ofensa a direitos fundamentais. (*Comentários à Constituição de 1967*. t. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 66-67).

da livre iniciativa. Neste sentido, é importante lembrar o que afirma Luís Roberto Barroso: o texto constitucional deve ser interpretado sistematicamente, a fim de propiciar a manutenção da sua integridade<sup>119</sup>.

Além disso, a subsidiariedade já se vislumbrava antes da Emenda Constitucional mencionada, pois o artigo 177, na sua redação original, previa em seu § 1º, a proibição dos contratos de risco pelos quais seria admitido que empresas estrangeiras fizessem pesquisas de petróleo, por sua conta e risco, em proveito da Petrobrás, gozando de participação na exploração deste ou do gás natural. Ao mesmo tempo, o art. 45, § 1º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trazia em si uma ressalva a esta vedação<sup>120</sup>. Segundo a restrição ali prevista, os contratos de risco firmados com a Petrobrás para a pesquisa de petróleo que estivessem em vigor na data da promulgação da Constituição seriam preservados do regime monopolístico. E, ainda, o *caput* do mesmo dispositivo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias excepcionava do monopólio as refinarias de petróleo que estivessem em funcionamento na forma admitida pelo regime constitucional anterior, segundo os artigos 43 e 45 da Lei 2.004, de 3/10/1953.<sup>121</sup> O regime monopolístico aparentemente rígido no setor do petróleo mantinha,

---

<sup>119</sup> BARROSO, 2000, op. cit., p. 203.

<sup>120</sup> A redação original do § 1º do art. 177 previa que “*O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.*” Por sua vez, o art. 45 do ADCT dispunha o seguinte: *Ficam excluídas do monopólio estabelecido pelo art. 177, II, da Constituição as refinarias em funcionamento no País amparadas pelo art. 43, e nas condições do art. 45 da Lei n. 2.004, de 3 de outubro de 1953. Parágrafo único. Ficam ressalvados da vedação do art. 177, § 1º, os contratos de risco feitos com a Petróleo Brasileiro S. A. (Petrobrás), para pesquisa de petróleo, que estejam em vigor na data da promulgação desta Constituição.*”

<sup>121</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22. Vale salientar que a Lei 2004/53 foi revogada expressamente pela Lei 9478/97.

pois, contornos de subsidiariedade do agir estatal, mesmo que tênues, não se constituindo, portanto, um monopólio absoluto.

O novo modelo de exploração do petróleo trouxe consigo a criação da Agência Nacional do Petróleo (ANP), como autarquia especial, vinculada ao Ministério das Minas e Energia, destinada a regular, normatizar e fiscalizar o sistema concorrencial<sup>122</sup> viabilizado a partir da Emenda Constitucional n. 9/95<sup>123</sup>. Depreende-se disso que o controle da aplicação, dado à subsidiariedade, pela execução da atividade relacionada ao petróleo tanto pela Petrobrás quanto pelos particulares, acaba sendo exercido pela estatal.

Mais recentemente, o STF foi instado a manifestar-se sobre o regime do monopólio do petróleo, em razão da ADI 3273/DF<sup>124</sup>. Nessa ação, foram questionados em face da Constituição vários dispositivos da Lei 9478/97, a qual dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política energética e dá outras providências.

Um dos aspectos centrais do debate foi o art. 26 do citado diploma legal, o qual possibilita que o concessionário de petróleo e gás tenha a si conferida, após a extração, a propriedade desses bens. O tribunal entendeu, por maioria<sup>125</sup>, que propriedade e

---

<sup>122</sup> No dizer de Marcos Juruena Villela Souto, a Petrobrás passou a exercer uma intervenção concorrencial no domínio econômico e não mais uma intervenção monopolística. (*Direito Administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 103.

<sup>123</sup> MORAES, op. cit., p. 1872-1873.

<sup>124</sup> Rel. Min. Carlos Britto, julgado em 16/03/2005. Informativos 361, 362, 378 e 380 do STF.

<sup>125</sup> Foram vencidos os ministros Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, de acordo com o Informativo do STF n. 380.

monopólio são conceitos distintos, sendo este último ligado a uma atividade empresarial, nos termos do art. 177 da Constituição.

Segundo a decisão, no art. 20 da Constituição encontram-se definidos quais são os bens de propriedade exclusiva da União, sendo possível a esta atribuir a terceiros o resultado da propriedade das lavras das jazidas de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, sem ofensa à reserva de monopólio do art. 177. Foi considerado que essa propriedade conferida ao concessionário seria inerente ao modo de produção capitalista, pois uma concessão seria materialmente impossível sem que houvesse a apropriação do produto da exploração das jazidas. Além disso, com a Emenda Constitucional n. 9/95 o monopólio do petróleo ter-se-ia tornado relativo, extirpando-se do art. 177, § 1º a proibição de ceder ou conceder qualquer tipo de participação na exploração de atividade petrolífera, permitindo, pois, a transferência ao concessionário da propriedade do produto da exploração das jazidas bem como os riscos e resultados decorrentes da atividade.

A decisão que julgou improcedente a ação vem, portanto, ao encontro do ora afirmado: encontramos elementos de subsidiariedade neste setor, restando mais definidos os contornos dos limites do domínio estatal nesse segmento econômico. Também delimita até que ponto pode a iniciativa privada atuar, mesmo diante da monopolização da atividade. Em outras palavras, o **termo normativo** da subsidiariedade nesse tema foi delimitado de modo mais preciso pelo STF na decisão referida, ampliando a

parcela de responsabilidades dos sujeitos privados, pois reduziu o dever positivo (de intervenção por meio de absorção total) do sujeito estatal.<sup>126</sup>

Ainda que implícita, a subsidiariedade contida na decisão pode ser considerada como princípio, no sentido de que o artigo 26 da lei (cuja inconstitucionalidade foi argüida) foi contrastado com o art. 177 da Constituição, e o fator preponderante para considerá-lo constitucional residiu na interpretação dos dispositivos segundo os propósitos inseridos no ordenamento após a Emenda Constitucional n. 9/95. Isto quer dizer que, após a flexibilização do monopólio - que ampliou a parcela de participação dos sujeitos privados (“entes menores”) na atividade econômica relativa ao petróleo -, houve uma redução do grau de atuação do Estado (“termo normativo positivo”) como ator principal nesse setor, razão pela qual deu-se a interpretação de que a iniciativa privada deve ter espaço assegurado no campo dessa atividade econômica. Este, pois, o *fim* que deve ser alcançado pela norma, cujo controle de sua aplicação deve orientar-se, por parte do Judiciário, segundo o princípio da subsidiariedade.

Permanece, contudo, o regime monopolístico, no que se refere aos minérios e minerais nucleares e derivados (art. 177,V, da Constituição). Este setor segue

---

<sup>126</sup> Todavia, deve-se fazer referência à ADIn 1649-DF, julgada pelo STF em 24/03/2004 (relator Ministro Maurício Corrêa), o qual - em decisão unânime - considerou improcedente a alegada inconstitucionalidade dos artigos 64 e 65 da Lei 9478/97 em face do art. 37,XX, da Constituição. Em vista desta decisão considerou-se admissível a criação de subsidiárias da Petrobras independentemente de lei autorizativa específica do Congresso Nacional para a criação de cada uma delas. Dentre os fundamentos apresentados no voto do Ministro Carlos Britto estava o de que o requisito da lei específica teria razão de ser nas ocasiões em que o Estado estivesse adentrando na esfera de atuação da iniciativa privada. Porém, em se tratando de atividade de produção e comercialização de produto excluído da iniciativa privada, como no caso do petróleo, a autorização genérica contida nos artigos 64 e 65 da Lei 9478/97 seria suficiente. Esta decisão apresentou como preponderante o termo normativo positivo da subsidiariedade, visto que tornou menos dificultosa a criação, pelo Estado, de novas empresas subsidiárias de uma empresa estatal que atua na exploração de atividade econômica.

restrito ao Estado, por dicção do § 1º do art. 177 da Constituição, que expressamente abriu a possibilidade de a União vir a contratar empresas estatais ou privadas somente nas atividades relativas ao petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos, previstos nos incisos de I a IV do art. 177, omitindo-se quanto ao tema nuclear, objeto do inciso V. Constitui o setor, por isso, exceção à determinação geral de subsidiariedade do agir estatal – vale dizer, em seu sentido negativo - nas atividades econômicas contidas no art. 173 da Constituição.

Em virtude disso, a ação do Estado brasileiro no setor nuclear é positiva – e não de abstenção – e atualmente é executada por um ente autárquico: a CNEN (Comissão Nacional de Energia Nuclear).<sup>127</sup> Ainda que pelos idos dos anos 70, até o final dos anos 80 do século passado fosse mais significativa a atribuição de atividades da política nuclear disseminada por entidades integrantes da Administração Pública Federal, mas de regime jurídico mais privatístico – como a CBTN, sucedida pela NUCLEBRAS e pela INB<sup>128</sup> -, a legislação infraconstitucional revela que, após a Constituição de 1988, manteve-se a tendência de reunir as responsabilidades e o capital voltado a essa atividade monopolizada sob responsabilidade última da CNEN, de cunho autárquico. Deste modo, se havia uma tênue perspectiva de abrir espaço às atividades da iniciativa privada nesse domínio da economia sob a égide do regime constitucional anterior, na atualidade esse setor

---

<sup>127</sup> A CNEN é autarquia criada originalmente pela Lei 4118/62 (art. 3º), e que se encontra na atualidade ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia. A Lei 5740/71 autorizou a que esta criasse uma sociedade de economia mista, a CBTN (Companhia Brasileira de Tecnologia Nuclear), que posteriormente veio a ser denominada de NUCLEBRAS (Lei 6189/74), responsável pela execução da política nuclear, inclusive no que diz respeito à comercialização. O Decreto-lei 2464/88 passou a denominar a NUCLEBRAS de INB – Indústrias Nucleares do Brasil S/A, cujas ações representativas do capital passaram integralmente ao CNEN. Em 1989, a Lei 7915 transferiu à ELETROBRÁS várias ações de titularidade da INB, em dação em pagamento, e bens móveis e imóveis do Centro de Desenvolvimento de Tecnologia Nuclear, igualmente em dação em pagamento pela INB. Fonte: SICON – Sistema de Informações do Congresso Nacional ([www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)).

<sup>128</sup> Ver nota de rodapé anterior.

econômico continua absorvido pela ação estatal federal<sup>129</sup>. O art. 177,V, da Constituição traduz uma regra, a qual representa o termo normativo positivo da relação estatal nesse setor, sem mitigações - cabe ao Estado, sujeito maior, absorver a atividade.

Outro setor em que se considera existente o monopólio estatal<sup>130</sup> – e, portanto, absorção, por opção política, de atividade econômica -, é a exploração dos serviços locais de gás canalizado, na forma do art. 25,§ 2º, da Constituição. Esta situação constitui uma inovação do texto constitucional de 1988, que reservou a atividade aos Estados-membros, quando desenvolvida localmente. Neste caso, o texto constitucional atribui a este monopólio maior flexibilidade, prevendo a possibilidade de haver exploração direta ou delegação ao setor privado, pelo mecanismo do contrato de concessão. Seria, pois, setor no qual a subsidiariedade do agir estatal pode estar presente, caso seja esta a opção política, deixando-se a tarefa a ser executada pelos particulares, segundo as regras definidas em um contrato. Neste sentido, cabe a cada Estado-membro definir qual é o seu modo de atuação: direta, ou subsidiária.

Kátia Valverde Junqueira observa, porém, que, especificamente, no caso da desestatização promovida no setor pelo Estado do Rio de Janeiro, as empresas privatizadas no segmento de gás canalizado continuaram, de fato, exercendo um

---

<sup>129</sup> Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto (op. cit., p. 472), o art. 6º da Lei 4118/62 abrandava o rigor da execução do monopólio, porque admite que a CNEN venha a contratar empresas públicas e privadas à realização de atividades que incluem a lavra e a comercialização dos minérios, dentre outros. Entretanto, diante da redação do § 1º do art. 177 da Constituição, acreditamos que o legislador constituinte não tenha tido o propósito de manter tal possibilidade, pelo que se pode interpretar que a regra em questão não deva ser considerada recepcionada pelo texto constitucional atual.

<sup>130</sup> Para Marcos Juruena Villela Souto (2004, op. cit., p. 107), o atendimento ao consumidor final é definido como serviço público, e as demais etapas que antecedem essa prestação – pesquisa, exploração e transporte – são tratadas ainda dentro de um regime de monopólio.

monopólio, pois somente elas detêm a possibilidade de explorar o setor na área abrangida por aquele ente federado. Tal situação seria uma decorrência da “falta de maturidade” do mercado de gás canalizado no Brasil. Em outras palavras, seu fornecimento não é universalizado, razão pela qual o programa de privatização não teria previsto a abertura desse mercado à livre concorrência.<sup>131</sup> Considerando esse dado, a subsidiariedade do agir do Estado nesse setor ao qual a Constituição de 1988 deu espaço não se concretizou na prática, ao menos no que diz respeito à viabilização da *livre* atuação dos entes privados no setor.

É interessante verificar que alguns setores da doutrina também afirmam que outras atividades, referidas pela Constituição como “serviços”, também integrariam o rol dos setores econômicos sujeitos ao monopólio, ainda que de modo implícito. Nesse sentido, Carvalho Filho sustenta que aquelas tarefas atribuídas à União pelo art. 21 da Constituição – tais como a emissão de moeda (VII), o serviço postal (X), a exploração do serviço de telecomunicações (XI), dentre outras – são atividades econômicas monopolizadas, em muitas das quais a União pode atribuir a exploração direta a terceiros

132

O tratamento doutrinário dispensado ao assunto revela que se trata de tema controvertido: há uma evidente dificuldade em se traçar uma linha divisória objetiva, precisa, entre o que pode ser definido como atividade econômica e aquelas tarefas que apresentem características próprias de um serviço público.

---

<sup>131</sup> JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Privatização, concessão e desenvolvimento econômico sustentável – o *case* da distribuição de gás canalizado. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*. Belo Horizonte, ano 3, p. 1340-1342, jan./fev. 2004.

<sup>132</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 724.

Eros Roberto Grau considera que a atividade econômica em sentido amplo pode apresentar-se como serviço público, ou ainda, como atividade econômica em sentido estrito. Por essa razão, não haveria, em um primeiro momento, oposição entre as noções, e sim, constituiriam espécies do mesmo gênero.<sup>133</sup> Enquanto a espécie *atividade econômica* é própria da iniciativa privada, aplicando-se a esta a subsidiariedade em seu aspecto negativo, a espécie *serviço público* consiste em atividade econômica cujo desenvolvimento compete **preferencialmente**<sup>134</sup> ao setor público, e que pode vir a ser atribuída ao setor privado nos casos em que caiba concessão ou permissão. A preferência de atribuição desta última ao setor público funda-se no fato de que o serviço público contém em si mesmo, em determinado momento histórico, o objetivo principal de promover a realização do interesse público, que justifica a adoção de um regime jurídico diferenciado, com restrições e privilégios conferidos à Administração.<sup>135</sup> O serviço público opera, nessa linha de raciocínio, sob o influxo da subsidiariedade em seu sentido positivo.

A controvérsia estabelecida aponta que é difícil, por vezes, estabelecer uma clara linha divisória entre o que pode ser definido como atividade econômica estrita, marcada pelo regramento privatista, e o que apresenta características de serviço público. Essa dificuldade apresenta-se, inclusive, na jurisprudência, como foi admitido pelo próprio STF.

---

<sup>133</sup> GRAU, op. cit., p.140.

<sup>134</sup> A questão relativa aos serviços públicos será objeto de exame no capítulo 6.

<sup>135</sup> LINHARES, Marcel Queiroz. Estado social e princípio da subsidiariedade: reflexos sobre o conceito de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 33, p. 214, 2000.

O citado exemplo diz respeito a um caso enfrentado pelo STF, atinente ao serviço postal, e que polariza opiniões no sentido de sua definição como serviço público monopolizado ou atividade econômica. Doutrinariamente já existiam exemplos de posicionamentos igualmente polarizados. Se, de um lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto refere o serviço postal e o correio aéreo nacional como monopólios estatais<sup>136</sup>, há quem os considere como serviços públicos por definição constitucional.

O debate em torno desses posicionamentos foi trazido à tona pela ACO 765/ QO/ RJ<sup>137</sup>. A ECT pretendia afastar a cobrança, pelo Estado do Rio de Janeiro, de IPVA e as sanções decorrentes da inadimplência do tributo, alegando incidir à espécie a imunidade recíproca do art. 150,VI, *a*, da CF, dado que a ECT teria sido criada pelo Decreto-lei 509/69 para prestar os serviços postais aludidos pelo art. 21, X, da CF. Tendo ingressado com a ação cível citada, a ECT viu o juízo federal declinar da competência e remeter o processo ao STF, com base em precedentes fundados no art. 102, I, *f*. O Min. Marco Aurélio, relator do processo, entendeu ser o STF incompetente para o exame da matéria, visto que a empresa autora teria natureza jurídica de Direito Privado. O STF, no entanto, reconheceu, por maioria, a sua competência para examinar o tema, tendo prevalecido o posicionamento do Min. Eros Grau, que, em seu voto-vista, manifestou-se da seguinte maneira:

“Embora resulte sempre dificultosa a identificação desta ou daquela parcela de *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço*

---

<sup>136</sup> MOREIRA NETO, 2003, op. cit.,p. 470.

<sup>137</sup> Informativos nº 382 e 390 do STF. Acórdão pendente de publicação.

*público* ou como *atividade econômica em sentido estrito*, há casos nos quais essa identificação pode ser operada com facilidade. Faço alusão, aqui, a hipóteses nas quais o próprio texto constitucional eleva algumas delas à primeira categoria: temos aí os *serviços públicos por definição constitucional*. Isso é precisamente o que se dá em relação às atividades de correio: o artigo 21,X da Constituição de 1.988 define competir à União ‘manter o serviço postal e o correio aéreo nacional’.

Note-se bem que, apesar da doutrina em regra não se ter dado conta disso, aí estão referidas duas atividades inteiramente distintas, o *serviço postal* e o *correio aéreo nacional*. O primeiro pode ser descrito como o conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência ou objeto postal de um remetente para um endereço final certo e determinado. Já o segundo, o *correio aéreo nacional*, é atividade instrumental dos correios (= serviço postal), mantida inclusive por outro departamento da Administração, o Ministério da Aeronáutica, que não o incumbido de manter o serviço postal, o Ministério das Comunicações.

É certo, portanto, no quanto ora importa considerar, não existir, em face do texto da Constituição do Brasil, a menor dúvida no que tange ao fato de a prestação do serviço postal consubstanciar serviço público. Tamanha essa evidência que dispensa quaisquer outras

considerações: entre nós, tais atividades consubstanciam *serviço público por definição constitucional.*” (sic)

A decisão acima reproduzida estabelece uma diretriz à interpretação da extensão do agir estatal: as tarefas definidas pela Constituição como serviço público devem ser compreendidas como área de atuação própria do Estado - aqui residiria a norma de subsidiariedade em seu aspecto positivo.

A questão tortuosa reside na existência ou não de atividade monopolizada em matéria de serviço público.

Todavia, se é verdade que a diretriz da Constituição consagra a subsidiariedade como orientação à medida de atuação do Estado brasileiro no domínio econômico, em especial, no art. 173 da CF, e disso resultaria que somente aquelas atividades expressamente definidas como monopólio assim o seriam, esse panorama somente pode fazer concluir que apenas em matéria de petróleo e do setor nuclear é que se poderia ter um agir estatal tipificado como absorção - não há como se fazer interpretação extensiva das normas constitucionais nesse tema. Tampouco se pode admitir que subsista na atual ordem constitucional legislação que atribuiu uma atividade ao Estado por intermédio de lei, pois uma situação como esta somente era passível de admissão sob o regime constitucional anterior, o que leva a crer que não teria ocorrido a sua recepção a partir de 1988.

No plano prático, evidentemente se poderia cogitar de que o resultado deste entendimento acarretaria prejuízo a setores estratégicos, tais como o setor postal – além daqueles anteriormente referidos, como ao serviço de gás canalizado, que não estão arrolados no art. 177 - e a tão tradicional empresa estatal que é a ECT. A solução para o impasse provavelmente exigiria a alteração do texto constitucional, para que, por meio de uma emenda à Constituição, se fizesse constar que o serviço postal é atividade sujeita ao monopólio do Estado.<sup>138</sup> A questão, de fato, é controvertida, e também foi submetida a enfrentamento pelo STF na ADPF 46/DF, na qual a Associação Brasileira das Empresas de Distribuição – ABRAED – pretende a declaração da não-recepção, pela Constituição de 1988, da Lei 6538/78, que instituiu o monopólio das atividades postais pela ECT, tema ainda em debate junto àquele Tribunal.<sup>139</sup>

De outro lado, se entendermos que o serviço postal realmente é serviço público, não se estaria a tratar de monopólio estatal, e sim, como apregoa Eros Grau, amparado em Rui Barbosa, de *privilégio*, o que faz com que a sua prestação não possa ser recusada ao usuário – em nome do dever de continuidade da prestação do serviço - inclusive porque a tarefa cometida ao prestador caracteriza-se por ser de inevitabilidade de consumo pelo público.<sup>140</sup>

---

<sup>138</sup> Marcos Juruena Villela Souto (2004, op. cit., p. 128 e segs.) aponta para a existência de projeto de lei que criaria um novo modelo para o setor postal brasileiro, o qual admitiria a competição, e em vista disso, resultaria na criação de uma agência reguladora (autarquia especial, portanto) destinada a fiscalizar e regular o setor (projeto de lei 1491/99).

<sup>139</sup> ADPF 46/DF. Rel. Min Marco Aurélio, ainda não julgada em definitivo.

<sup>140</sup> GRAU, op. cit., p. 167-168.

## 5. A subsidiariedade estatal e a intervenção no domínio econômico por intermédio da participação: o art. 173 da CF

### **5.1 – Panorama da subsidiariedade estatal ou horizontal: oscilações entre o predomínio do termo normativo negativo e positivo**

Se é verdade que, durante o apogeu do liberalismo, os particulares dominavam o cenário econômico, também procede que as alterações históricas que passaram a atribuir ao Estado a designação de *Welfare State* conduziram este a uma conformação pela qual esse cenário econômico passou a contar com a sua participação direta, em regime de competição.

Um dos fatores essenciais para que essa passagem se efetivasse foi a situação de instabilidade econômica advinda do pós-guerra<sup>141</sup>. Durante o século XIX, a estabilidade econômica favorecia a aplicação de recursos da iniciativa privada em setores que envolviam grandes investimentos, e nos quais o Estado não tinha capital suficiente para aplicar. Assim, mantinha o Estado a sua estrutura voltada às suas atividades consideradas típicas, e, para permitir a expansão e ou criação de infra-estrutura – tais como a construção de ferrovias, implantação de redes de distribuição de água, iluminação a gás e eletricidade-,

---

<sup>141</sup> Outros fatores citados seriam o conflito entre o desejo do particular em ampliar constantemente sua margem de lucro sem a contrapartida dos investimentos, bem como pela dificuldade de exigir, diante da rigidez dos contratos de concessão, a atualização tecnológica necessária ao bom atendimento da população nos respectivos setores objetos de concessão a particulares. Nesse sentido: COUTO E SILVA, 1997, op. cit.

recorria ao instituto do contrato de concessão<sup>142</sup>, normalmente na modalidade que implicava a realização de obra pública.<sup>143</sup> No Brasil esse modelo foi fundamental à expansão da rede ferroviária.<sup>144</sup>

A instabilidade econômica do pós-guerra, todavia, acabou por obrigar o Estado a socorrer os seus concessionários, tornando a relação contratual desvantajosa. A solução encontrada para viabilizar a que esses setores seguissem recebendo investimento foi a descentralização estatal. Em um primeiro momento, a descentralização ocorrida no Brasil (a partir dos anos 30 do século XX) deu-se por meio da criação de autarquias. Entretanto, rapidamente a razão de seu surgimento – estrutura que garantia a liberdade administrativa para funcionar com mais independência, maior dinamismo e menos burocracia – foi substituída pela sujeição ao controle e rigidez típicos do regime de Direito Público<sup>145</sup>. Como consequência, a execução de atividades de natureza industrial e comercial passou a ser viabilizada por entidades munidas de instrumental inspirado no Direito Privado: as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Essa adoção pelo Estado de instrumentos do Direito Privado para a consecução de fins públicos foi chamada de “fuga para o direito privado”. No entanto, na prática, funcionava como um alargamento do espaço público, o qual ultrapassou as raias publicistas, passando a que o Estado atuasse, sob roupagem privatista, no espaço tradicionalmente ocupado pela iniciativa privada.<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup> A propósito, ver DI PIETRO, op. cit., p. 38 e ss.

<sup>143</sup> COUTO E SILVA, 1997, op. cit.

<sup>144</sup> Id., 2003, op. cit., p. 449.

<sup>145</sup> VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no domínio econômico: o Direito Público Econômico no Brasil*. Edição *fac-similar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 414.

<sup>146</sup> COUTO E SILVA, 1997, op. cit. No mesmo sentido, do mesmo autor, ver 2003, op. cit., p. 449. E, nos termos do histórico apresentado pelo “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, documento que orientou as reformas introduzidas no Estado Brasileiro durante o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, foi por meio do Decreto-Lei 200/67 que se operou “(...) a transferência de atividades para

Com relação à ocupação desse espaço “privado” pelo Estado, vale dizer que as sociedades de economia mista antecederam cronologicamente ao surgimento das empresas públicas no Brasil. Várias sociedades de economia mista foram criadas por volta de 1940; além disso, remontam à década de 50 do século XX a criação de entes importantes, como a Petrobrás e a Eletrobrás. Alguns autores consideravam que a fórmula que reunia os objetivos lucrativos do capital privado com os propósitos de interesse comum do capital público, a exigir um regime altamente flexível, tornava o modelo jurídico instável frente a quaisquer acontecimentos cotidianos, razão pela qual a criação de empresas totalmente públicas seria a fase evolutiva seguinte da atuação do Estado na área comercial e industrial.<sup>147</sup>

Estas empresas, por sua vez, tinham o propósito de destinar o patrimônio unicamente público à realização de uma atividade econômica. No Direito francês, houve quem chegou a tentar definir com clareza quais seriam os objetivos dessa forma de intervenção estatal na economia. Nessa linha de raciocínio, as empresas públicas destinar-se-iam a nacionalizar os principais setores da economia, a fim de resguardar o Estado de interesses financeiros poderosos, bem como para permitir o regular

---

*autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, a fim de obter-se maior dinamismo operacional por meio da descentralização funcional. (...) O paradigma gerencial da época, compatível com o monopólio estatal na área produtiva de bens e serviços, orientou a expansão da administração indireta, numa tentativa de "flexibilizar a administração" com o objetivo de atribuir maior operacionalidade às atividades econômicas do Estado." Ver: [www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI3.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM). Acesso em 23/10/2005.*

<sup>147</sup> BILAC PINTO. *Estudos sobre a Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: FGV, 1954, p. 43-57 e LAPIE, P. O. *L'État Actionnaire*. Paris: Dalloz, 1925, apud VENÂNCIO FILHO, op. cit., p. 433.

funcionamento de serviços públicos que dependiam de aporte de recursos estatais para seguir em atividade.<sup>148</sup>

Esse elenco de motivos para a criação de empresas estatais, a partir da descentralização do Estado, traduz um comportamento que, se, em outros momentos foi de maior abstenção, encontra-se hoje fundado na noção de subsidiariedade, considerada esta em seu aspecto positivo, qual seja, o de agir ao identificar que determinado setor, caso deixado unicamente à mercê da livre iniciativa, não se desenvolveria a contento ou segundo as necessidades da economia nacional.

É nesse sentido que se vislumbra a subsidiariedade inserta na Constituição de 1988 no que diz respeito à função de participação na atividade econômica, regulada pelo art. 173 daquele texto, a cujo exame passamos a seguir.

## **5.2 – Configuração na Constituição de 1988: o art. 173 e os elementos da subsidiariedade**

A intervenção estatal no domínio econômico por meio da *participação* refere-se a um agir do Estado segundo o qual este “...assume o controle de

---

<sup>148</sup> DU PONT, Pierre. *L'Etat Industriel*. Paris: Sirey, 1961, p. 18, apud VENÂNCIO FILHO, op. cit., p. 462.

*parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor.*<sup>149</sup>

Ao proceder desta maneira, temos, de um lado, como sujeitos implicados, o Estado que se descentraliza e cria um novo ser com personalidade jurídica própria (ente maior) e os particulares (entes menores), que serão os destinatários da atividade econômica (esta, objeto da subsidiariedade), assim como os demais empreendedores privados que igualmente atuam no setor e com quem o ente maior estará competindo no mercado.

A norma da subsidiariedade aqui estabelecida pode ser vista como um elemento que deve ser dotado de elasticidade. De um lado, precisa reger as relações nesse âmbito de modo negativo, deixando que o mercado atue por seus próprios mecanismos para manter a atividade em execução de forma suficiente e eficaz; de outro, deve permitir em algum momento a manifestação de sua faceta positiva<sup>150</sup>. Em outras palavras, ainda que o modelo econômico adotado tenha a livre iniciativa privada como diretriz, deve-se admitir que o Estado atue na formação e criação das entidades descentralizadas<sup>151</sup>. Este agir é interventivo em setor típico de atuação privada, mas

---

<sup>149</sup> GRAU, op. cit., p. 175.

<sup>150</sup> Ver, a propósito, item 2.1, da Parte I do presente trabalho, sobre o termo normativo da subsidiariedade, que pode estabelecer entre ente maior e ente(s) menor(es) tanto deveres positivos (de intervenção, para auxílio dos entes menores), como de abstenção (para que os entes menores possam lançar mão de sua autonomia, e desenvolver livremente as tarefas que podem por eles ser executadas de modo mais eficiente).

<sup>151</sup> Para José dos Santos CARVALHO FILHO (op. cit., p. 717-719), quando o art. 173, *caput*, da Constituição refere a exploração *direta* de atividade econômica, estar-se-ia referindo ao agir estatal por meio de seus

somente poderá dar-se, nos termos da norma da subsidiariedade, quando isso se revelar absolutamente necessário em prol do interesse público, que, ao fim e ao cabo, virá em benefício dos entes menores.

Por essa razão é que a determinação constitucional presente no artigo 173 restringe a possibilidade de o Estado brasileiro explorar diretamente a atividade econômica:

*“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.”*

Evidencia-se que, na atualidade, prevalece, na Constituição, no campo da intervenção do Estado no domínio econômico por meio de *participação*, a norma de subsidiariedade em seu sentido **negativo**. Essa norma não retira de todo a possibilidade de a subsidiariedade manifestar-se sob o aspecto positivo, de atuação; contudo, tal manifestação é excepcional. Requer a presença de situação que implique *segurança nacional* ou *relevante interesse coletivo*, sendo que, em um ou outro caso, a lei

---

próprios órgãos, enquanto que a atuação *indireta* na exploração de atividade econômica é que implicaria a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista. Todavia, adotamos o critério de GRAU - empregado em obra que é específica para a abordagem da ordem econômica - e segundo o qual a exploração de atividade econômica pelo Estado pressupõe a criação de entes mediante a descentralização administrativa (op. cit., p. 309).

deve encarregar-se de definir previamente tais conceitos jurídicos indeterminados<sup>152</sup>. A exceção à necessidade de lei que promova esta definição é a previsão no próprio texto constitucional de atividade econômica que possa contar com o agir estatal em regime de competição com o setor privado.

O curso tomado pela economia mundial nas duas últimas décadas reforça a possibilidade de se interpretar o sentido do art. 173 da Constituição brasileira como voltado a concretizar a subsidiariedade sob o aspecto negativo de sua norma em se tratando da intervenção do Estado mediante *participação*.

Durante o auge do *Welfare State*, a descentralização do Estado realizada para agir diretamente no domínio econômico em regime de competição com a iniciativa privada acarretou um aumento significativo das proporções da estrutura estatal. No Brasil, esse crescimento teve forte incremento desde os anos 20 do século XX – quando já mencionamos a criação de autarquias para essa finalidade – e teve seu auge no período do chamado “milagre econômico”, época em que, ainda sob o domínio dos governos

---

<sup>152</sup> Segundo GRAU (op.cit., p. 313), esta lei deve ser federal no caso de definir situação de segurança nacional (art. 24,XXVIII, da Constituição), mas pode ser federal ou estadual no caso de relevante interesse coletivo, porquanto, por tratar-se de questão de Direito Econômico, a competência legislativa é concorrente, nos termos do art. 24,I da Constituição. Para BANDEIRA DE MELLO (op. cit., p.625), tal lei deveria ser complementar. Isso porque a exigência de lei ordinária já existe no art. 37,XIX, do texto constitucional para a criação ou para a autorização da criação de estatais, e, caso a criação de uma viesse em relevante interesse coletivo ou segurança nacional, a própria lei específica de sua criação ou autorização já seria suficiente ao conter a caracterização da situação. Isto significa que o atendimento ao exigido pelo art. 37,XIX, da Constituição tornaria a parte final do seu art. 173 desnecessária.

militares, deu-se a criação de um grande número de entidades da Administração Indireta destinadas a desempenhar a função de agentes econômicos.<sup>153</sup>

Todavia, a diminuição dos recursos públicos de um modo geral e a dificuldade em manter financeiramente o Estado, desempenhando atividades comerciais e industriais por meio das empresas que ele próprio criou, provocou um repensar sobre os setores onde haveria a indispensabilidade da intervenção estatal<sup>154</sup> - onde esta presença fosse dispensável, o caminho a ser adotado seria o da privatização. Naqueles setores em que resistiria o caráter de imprescindibilidade da manutenção da mão estatal, a tendência passou a ser a revisão da forma de gestão da atividade, ou seja, aferir de que modo a eficiência seria alcançada na sua execução de forma delegada ao setor privado: se pela terceirização, concessão ou permissão da atividade. E ainda que enxugada a máquina estatal, esta poderia ter a revisão dos padrões administrativos por intermédio do estabelecimento de metas e padrões de eficiência, sob pena de sanções, segundo os *contratos de gestão*.<sup>155</sup>

No Brasil, a indicação de que o rumo a que o art. 173 da Constituição estava a apontar - já na época da promulgação do texto constitucional - seria o

---

<sup>153</sup> COUTO E SILVA, 2003, op. cit., p. 450.

<sup>154</sup> Em boa parte, a idéia de diminuir o tamanho do Estado foi considerada como um retorno ao pensamento liberal, razão pela qual foi identificada como *neoliberalismo*. O ressurgimento dos valores liberais encontrou suporte teórico por parte de estudiosos da Economia na chamada ‘Escola de Chicago’ (Hayek; Friedmann) e acabou sendo concretamente defendida - pelos Estados Unidos, pelo Grupo dos Sete, e pelos presidentes de bancos internacionais - como uma das reformas necessárias a ser aplicadas pelo setor público (“*Consenso de Washington*”). Portanto, não apenas abrange planos surgidos na própria administração estatal, em razão da necessidade detectada, mas também decorre de receitas praticamente impostas por instituições internacionais, tais como o FMI. A propósito, veja-se COUTO E SILVA, 2003, op. cit., p. 451, e GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 67.

<sup>155</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 128-129.

da atuação subsidiária do Estado no domínio econômico sob o enfoque **negativo**, pode ser confirmada pela edição da legislação que instituiu o Plano Nacional de Desestatização (Lei 8.031, de 12.04.1990 e a Lei 9.491, de 9.09.1997, que revogou a Lei 8.031).

Essa tendência foi, na verdade, antecedida por medidas do Executivo Federal, representadas por dois decretos editados nos anos 80 do século passado (Decreto 91.991, de 28.11.1985<sup>156</sup> e Decreto 95.886, de 29.03.1988<sup>157</sup>), que já instituíam o “Programa de Privatização” e o “Programa Federal de Desestatização”.<sup>158</sup>

Nos termos da Lei 9.491, vislumbra-se, em especial no seu art. 1º, a intenção de devolver à iniciativa privada (“entes menores”) a exploração de atividades às quais o Estado (“ente maior”) estaria se imiscuindo indevidamente, assim como fazer com

<sup>156</sup> “Art. 1º O Programa de Privatização englobará os processos de privatização de empresas sob o controle direto ou indireto do Governo Federal e compreenderá indistintamente a abertura do capital social, alienação de participações acionárias e desativação dessas empresas.”

<sup>157</sup> “Art. 1º Fica instituído o Programa Federal de Desestatização, com os seguintes objetivos:

I - transferir para a iniciativa privada atividades econômicas exploradas pelo setor público; (...)”

<sup>158</sup> Opinião diversa encontramos no “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, concebido por ocasião do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, em novembro de 1995. (ver: [www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI3.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM). Acesso em 23/10/2005) Nos termos da explanação ali constante, a Constituição de 1988 teria operado um retrocesso nas medidas que vinham sendo adotadas anteriormente, no sentido da implantação de uma administração gerencial. Por força de uma reação da Constituinte aos ajustes políticos que haviam sido realizados para implementar a transição democrática nos idos de 1985, leia-se: “(...) Um novo populismo patrimonialista surgia no país. De outra parte, a alta burocracia passava a ser acusada, principalmente pelas forças conservadoras, de ser a culpada da crise do Estado, na medida em que favorecera seu crescimento excessivo. A conjunção desses dois fatores leva, na Constituição de 1988, a um retrocesso burocrático sem precedentes. Sem que houvesse maior debate público, o Congresso Constituinte promoveu um surpreendente engessamento do aparelho estatal, ao estender para os serviços do Estado e para as próprias empresas estatais praticamente as mesmas regras burocráticas rígidas adotadas no núcleo estratégico do Estado. A nova Constituição determinou a perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, instituiu a obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados-membros e dos Municípios, e retirou da administração indireta a sua flexibilidade operacional, ao atribuir às fundações e autarquias públicas normas de funcionamento idênticas às que regem a administração direta. Este retrocesso burocrático foi em parte uma reação ao clientelismo que dominou o país naqueles anos. Foi também uma consequência de uma atitude defensiva da alta burocracia que, sentindo-se injustamente acusada, decidiu defender-se de forma irracional.” Independentemente desse posicionamento, o fato é que, no nosso entender, o teor do art. 173 da Constituição propicia a que se verifique, no plano fático e legislativo infraconstitucional, a presença de elementos da subsidiariedade.

que a Administração se dedique prioritariamente a atividades em que o agir do Estado seja fundamental:

*“Art. 1º. O Programa Nacional de Desestatização – PND tem como objetivos fundamentais:*

*I – reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;*

*(...)*

*V – permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais.”*

Repete-se aqui, portanto, a fórmula da subsidiariedade apresentada pela doutrina social da Igreja<sup>159</sup>: o dever do ente maior de não retirar dos entes menores aquilo que por eles pode melhor ser feito, de modo a preservar a autonomia dos entes menores, porquanto ao maior incumbe justamente auxiliar os menores, e não destruí-los ou absorvê-los.

Em outras palavras, se o momento histórico mostra que o Estado não mais tem condições de sustentar de modo eficiente a estrutura por ele criada, e esta pode ser devolvida ao setor privado de modo a que isso reverta em proveito para a sociedade, assim

---

<sup>159</sup> Veja-se as referências contidas na Introdução do presente trabalho.

deve ser feito. Ainda que, para tanto, seja necessário que o Estado crie as condições favoráveis para que o setor privado assuma os setores desestatizados mediante ações de fomento.

Esse compromisso com auxílio ao setor privado (“entes menores”) fica expresso no mesmo dispositivo legal acima citado, que expõe outro objetivo do Programa em seu inciso IV:

*“IV – contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da concessão de crédito.”*

A desestatização que veio a ser implementada como parte de um plano ainda maior, de reforma do Estado, foi legalmente definida no chamado PND – Programa Nacional de Desestatização, assim definida na Lei 9.491:

*“Art. 2º. - Considera-se desestatização:*

*a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas*

*deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;*

*b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade;*

*c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei.”*

O *caput* do artigo 2º, acima parcialmente reproduzido, veio a delimitar quais as empresas, bens e serviços que viriam a ser objeto dessa transferência de bens e tarefas do Estado ao setor privado:

*“Art. 2º - Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei:*

*I – empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;*

*II – empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União;*

*III – serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;*

*IV - instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei n. 2.321, de 25 de fevereiro de 1987;*

*V – bens móveis e imóveis da União.”*

Isto significa que a legislação infraconstitucional agregou maior significado ao conteúdo de subsidiariedade subjacente à norma do art. 173 da Constituição Nacional, pelo menos, no tocante à Administração Federal. Isso porque – no que se refere à participação do Estado na ordem econômica pelo estabelecimento da competição com os entes privados – apresenta a lei mencionada medidas pelas quais a Administração Federal poderia reordenar o foco de sua atuação, desvinculando-se da responsabilidade e das despesas geradas pela gestão de áreas nas quais na atualidade já não mais faria sentido tanto dispêndio do Estado.

Todavia, apesar dos objetivos fundamentais apresentados no art. 1º da Lei 9.491/97 estarem em consonância com a noção de subsidiariedade ora apresentada, é necessário apontar que o atendimento a estes tão-somente pela adoção das medidas definidas por esse diploma legal não é algo simples. A razão disso reside no próprio dispositivo do § 1º, *a*, do art. 2º, anteriormente reproduzido, dado que este limita-se a definir como **desestatização** o mero desvincilhar-se, por parte da União, dos direitos que lhe asseguram a preponderância nas decisões e o poder de eleger a maioria dos administradores das empresas estatais por definição, ou meramente controladas pela União.

Portanto, apesar dos propósitos tão amplos enunciados pela legislação que estabelece o programa referido, em seu citado artigo 1º, a lei em questão restringe-se a disciplinar, quanto à atuação direta do Estado na economia, a forma de **venda de ações de empresas estatais ao setor privado**.<sup>160</sup> Pode-se afirmar, em vista disso, que a forma de concretizar a redução da participação competitiva estatal no setor privado adotou um conceito mais restritivo do vocábulo **privatização**, tão em voga a partir dos anos 80, e no Brasil, a partir dos anos 90 do século XX.

Tanto assim o é, que inicialmente o Programa Nacional de Desestatização, criado a partir da edição da Lei 8.031, de 12/04/1990, empregava a expressão “privatização”<sup>161</sup>. Apesar de sua redação abrir espaço a várias formas de conceituá-la,<sup>162</sup> de um modo geral, ela compreende, além da **venda de ações de estatais (desestatização** ou desnacionalização), a **desregulação** (diminuição da intervenção por regulação do setor econômico privado), a **desmonopolização**, a **concessão de serviços públicos** e o **contracting out** (acordos variados celebrados na busca de colaboração com o setor privado, e que abrange a **terceirização**)<sup>163</sup>. Posteriormente, deu-se a revogação total dessa lei, e a edição da Lei 9.491, de 9/09/1997, que não mais empregou a expressão “privatização”, passou a disciplinar o assunto sob a denominação de “desestatização”<sup>164</sup>,

---

<sup>160</sup> Neste sentido, DI PIETRO, op. cit., p. 15.

<sup>161</sup> “Art. 2º - (...)”

§ 1º *Considera-se privatização a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade.*”

<sup>162</sup> Para outros conceitos, veja-se DI PIETRO, op. cit., p. 13-16.

<sup>163</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 13-14.

<sup>164</sup> Sob essa denominação também está abrangida a transferência da execução de serviços públicos explorados pela União (art. 2º, § 1º, b), a qual será objeto de exame mais adiante.

tecnicamente mais adequado, considerando-se o conteúdo da lei, porém conceitualmente menos amplo, pois realizar a venda de ações não é necessariamente garantia de retirada integral do Estado de um empreendimento. Conseqüentemente, caso uma venda de ações não seja integral, seria tecnicamente incorreto afirmar que o Estado transferiu totalmente à iniciativa privada algum segmento de atuação econômica.

Em análise à privatização realizada nos anos 90 no Brasil, Raquel Dias da Silveira critica seus resultados, apontando que o seu objetivo central foi o saneamento das finanças públicas, empregando-se as estatais como instrumento de política econômica para a contenção da inflação. A autora menciona que, entre outubro de 1991 e janeiro de 2000, foram vendidas 117 estatais, totalizando cerca de 69 bilhões de dólares<sup>165</sup>. Todavia, afirma que, se, de um lado, abriu-se a possibilidade de alguns setores serem beneficiados por investimentos em tecnologias de ponta, e isso acarretou a universalização dos serviços (como na telefonia), de outro, os cidadãos se viram diante do avanço cada vez maior do valor das tarifas respectivas. E, diante de grandes fusões e associações de grandes empresas para participar nas privatizações<sup>166</sup>, e da facilitação à aquisição de ações das

---

<sup>165</sup>Dados referidos pela autora a partir de BAER, Werner. *A Economia brasileira*. 2. ed., São Paulo: Nobel. 2002, p. 309.

<sup>166</sup>Dado que a legislação aplicável à desestatização previu que a alienação de bens e/ou ações das estatais dar-se-ia pela realização de licitações, abriu-se a possibilidade, nos termos da Lei 8666/93 (art. 33), de admitir a formação de consórcios de empresas para que, somadas as suas capacitações técnicas e financeiras, pudessem lograr sucesso na fase de habilitação da licitação. Outro exemplo de emprego da figura do consórcio, em meio à onda da privatizações, surge na associação (“parceria”) entre empresas privadas e estatais, de modo temporário ou duradouro, para a exploração comum de algum empreendimento, como foi o caso da exploração da Usina Hidroelétrica de Igarapava, atribuída a um consórcio liderado pela CEMIG, com a participação da Mineração Morro Velho Ltda., CSN, Cia. Brasileira de Metais, Eletrosilex e Vale do Rio Doce (situação temporária, até a transferência da CSN, Vale e CEMIG para o setor privado). A observação é de PENTEADO, Mauro Rodrigues. Privatização e parcerias: considerações de ordem constitucional, legal e de política econômica. *Revista de Direito Mercantil* n. 119, p. 18-21, jul./set. 2000.

estatais por parte do capital estrangeiro<sup>167</sup>, em boa parte o resultado das privatizações veio apenas a substituir o monopólio estatal pelo monopólio privado, não resolvendo o problema da competição no mercado.<sup>168</sup>

Segundo afirma Mauro Rodrigues Penteado<sup>169</sup>, as ações voltadas à privatização, na forma da desestatização, não apenas foram levadas a efeito sem concretizar a livre concorrência (art. 170, IV, CF), dado o terreno fértil criado para a cartelização, como também apresentaram outro aspecto negativo, como conseqüência do açodamento de sua implantação. Esse aspecto residiria no fato de que restou ausente um projeto nacional, debatido pela sociedade, a respeito da transferência operada à iniciativa privada, de estatais eficientes, bem-sucedidas e rentáveis, atuantes em setores estratégicos da economia, apenas para atender às necessidades conjunturais de redução do *déficit* público. Para este autor, a fórmula que viabilizaria o intento expresso na legislação, de propiciar maiores investimentos em setores hoje tidos por fundamentais ao Estado, seria a de um processo de privatização gradual.<sup>170</sup>

---

<sup>167</sup> Um dos fatores de facilitação da aquisição das ações por empresas estrangeiras foi a Emenda Constitucional n. 6/95, que suprimiu da Constituição o art. 171 que fixava o conceito de empresa brasileira de capital nacional. Com isso, as subsidiárias de empresas estrangeiras puderam ser caracterizadas como empresas nacionais, bastando para tanto sua organização segundo a lei nacional e sede da administração no país.

<sup>168</sup> SILVEIRA, Raquel Dias da. Análise jurídico-econômica das políticas públicas de privatização no Brasil durante a década de 90. *Revista de Direito Municipal*. Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 215-221, abr./jun. 2004.

<sup>169</sup> PENTEADO, op. cit., p. 14-15.

<sup>170</sup> O autor refere, como exemplo de privatização gradual, o caso da CEMIG, que teria sido primeiramente objeto de reorganização societária e financeira, de modo a evitar o que ocorreu na privatização de outras estatais, nas quais não houve prévio saneamento, nem preparo da privatização, dando margem a que o valor de venda das ações fosse muito baixo, resultante de verdadeiro desmantelamento do ente público (op. cit., p. 15-16, e nota 12.).

Os elementos referidos pela doutrina revelam que, embora o teor da legislação destinada a reger a privatização no Brasil, por meio do emprego da desestatização, indique como um dos propósitos o de viabilizar a concentração de esforços do Estado em áreas prioritárias, tipicamente estatais, não houve êxito na concretização deste intento. Em decorrência, o disposto no art. 173 da Constituição, que consagra o ideal de subsidiariedade<sup>171</sup> sob seu aspecto negativo, ainda que apresente as condições para que os elementos e pressupostos da subsidiariedade se manifestem, não encontrou o espaço ideal de efetividade no plano concreto da ordem econômica nacional.

Ainda assim, estabelece o art. 173 uma moldura que define os pressupostos à aplicação da norma que define ser excepcional e subsidiária intervenção do Estado por intermédio de ações de participação na exploração de atividade econômica. Nesse sentido, pode-se afirmar que o dispositivo constitucional apresenta-se na forma de postulado normativo aplicativo.

Seguindo essa linha de raciocínio, não há impeditivos – segundo a doutrina – na criação de novas empresas estatais, diante do texto da Constituição de 1988. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os termos do art. 173, § 1º da CF exigiriam lei complementar para a definição do caso de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo que justificaria essa criação, pois a exigência de lei ordinária já é a regra geral trazida pelo art. 37, XIX e XX do texto constitucional<sup>172</sup>. Para Eros Grau, a criação de uma estatal em situação de segurança nacional enseja lei federal, nos termos da competência

---

<sup>171</sup> A opinião é corroborada por GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Intervenção do Estado na economia. Revista Trimestral de Direito Público*, n. 14, p. 60, 1996.

<sup>172</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 742.

legislativa definida pelo art. 22,XXVIII, da CF, enquanto as situações fundadas em relevante interesse coletivo, voltadas ao Direito Econômico, abrem espaço à criação decorrente tanto de lei federal quanto de lei estadual, face à competência concorrente para editar leis nessa área (art. 24,I, da Constituição).<sup>173</sup>

Entretanto, o questionamento feito pela doutrina diz respeito à eventual manutenção das estatais cuja existência não corresponda à disposição constitucional contida no art. 173. Dinorá Adelaide Musetti Grotti define que uma tal situação não encontra espaço de resolução segundo o raciocínio que empregamos diante da inconstitucionalidade normativa, já que se trata de inconstitucionalidade institucional: “...uma contrariedade entre uma instituição social ou econômica existente e o sistema constitucional superveniente.”. O tema encontra suporte em Fábio Konder Comparato<sup>174</sup>, ao afirmar que uma eventual sujeição de caso assim identificado ao Judiciário importaria decisão de efeitos declaratórios, e não constitutivos. Por essa razão seria atribuição do Legislativo ou do Executivo tomar medidas no sentido de adequar a situação social e econômica ao regime constitucional. E, caso incorrentes tais medidas, estar-se-ia diante de inconstitucionalidade por omissão.<sup>175</sup> E, se porventura o Estado resolver adentrar no processo econômico, fora dos pressupostos constitucionais, entende a autora que a questão deve ser resolvida pelo emprego dos mecanismos de privatização:

*“Se as empresas estatais estão fora dos pressupostos constitucionalmente fixados, devem ser privatizadas, ainda que seu*

---

<sup>173</sup> GRAU, op. cit., p. 312-313.

<sup>174</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público* n. 93, p. 263, jan./mar. 1990.

<sup>175</sup> GROTTI, 1996, op. cit., p. 59.

*desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo, mas uma restrição constitucional traçada para a atuação estatal interventiva. O desrespeito a esses limites é a negação do próprio Estado de Direito.”<sup>176</sup>*

## 6. A prestação de serviços públicos segundo o art. 175 da CF e a subsidiariedade

Para Ruy Cirne Lima, “*Serviço público é todo o serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa.*”<sup>177</sup>

Nos termos da divisão temática empregada por nós para o presente trabalho, que remete a Eros Grau<sup>178</sup>, a prestação de serviços públicos por parte do Estado consiste também em exercício de atividade econômica, tomada esta em seu sentido amplo. A rigor, deveria ser objeto desta atuação o segmento econômico cujo agir fosse resguardado

---

<sup>176</sup> Ibid., 1996, p. 60.

<sup>177</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 82.

<sup>178</sup> GRAU, op. cit., p. 129-178.

apenas ao Estado, dele constituindo área para o exercício de atividades que lhe são próprias. Ao tratar da distinção entre serviço público e atividade econômica, Dinorá Adelaide Musetti Grotti observa o seguinte:

*“Os serviços públicos, de forma diferente, a par de sua dimensão econômica – visto serem também relativos a bens escassos – obedecem a parâmetros diferentes a respeito da oportunidade e conveniência de serem prestados em determinadas condições, sob prerrogativas e sujeições especiais. Referem-se ao espaço público e não ao espaço privado, e sua qualificação como serviço público supõe excluir uma atividade das regras de mercado. Dessa forma, os serviços públicos podem ter diferentes modos de prestação, atendendo às necessidades coletivas, à garantia dos usuários, funcionando, inclusive, como uma técnica de proteção aos direitos humanos, consoante a maneira conjuntural de abordar a realidade social em determinado momento histórico.*

*Se os serviços públicos ficarem diretamente afetados pelas forças do mercado, condicionados inteiramente pelo valor de troca, segundo a lógica do capital e do mercado, é óbvio que os serviços deixarão de ser públicos para passarem a ser atividades econômicas, segundo o ordenamento jurídico pátrio, sujeitos a circunstâncias e contingências que elas reclamam.”<sup>179</sup>*

---

<sup>179</sup> GROTTI, 2003, op. cit., p. 139.

## 6.1 O art. 175 da Constituição de 1988 e a subsidiariedade

Segundo a Constituição, a prestação de serviços públicos é incumbência do Estado:

*“Art. 175. – Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.”*

Todavia, o próprio texto abre espaço para que esta responsabilidade seja por ele cumprida de forma direta ou indireta. Em outras palavras, a Constituição admite que ele se desincumba de sua missão por intermédio de ações levadas a efeito por seus próprios meios ou buscando o auxílio dos entes menores, quais sejam, particulares que recebam essa delegação por meio de contratos de concessão ou efetuando permissões de serviços públicos.

Mais uma vez a noção de subsidiariedade revela-se, pelo menos, genericamente: tem-se por objeto ações que podem ser desenvolvidas pelo ente maior ou delegadas aos entes menores, tudo dependendo das condições mais adequadas para o atendimento do grupo social como um todo de forma mais abrangente (universal) e mais

---

eficiente. Vejamos de que maneira essa percepção genérica da subsidiariedade pode ser concretizada a partir da Constituição.

A consagração desses dois sistemas de execução dos serviços públicos na Constituição vem ao encontro do que Gaspar Ariño Ortiz denomina de “modelo intermédio” ou “de economia mista”, pelo qual o Estado combina o modelo teórico de organização, baseado na liberdade individual e na subsidiariedade estatal, com o modelo que deriva da planificação estatal, na igualdade e na solidariedade social. Essa miscigenação faz com que não se atribua somente ao Estado o papel de portador das prestações destinadas à população em geral, o instrumento de satisfação de todas as necessidades da coletividade, mas também possibilita ao mercado que este cumpra tal função. Segundo o mesmo autor, quanto mais desenvolvido economicamente um Estado, menor a necessidade de que este deva prover, na condição de protagonista, os serviços públicos e de infra-estrutura com caráter de universalidade e qualidade.<sup>180</sup>

O modelo brasileiro parece revelar, pois, ser possível conjugar o protagonismo estatal na execução de alguns serviços públicos, com a possibilidade de delegação de outros à execução por parte da iniciativa privada, sem contudo, deixar de ser o titular de tais serviços.

A adoção deste modelo não constitui exclusividade do texto constitucional nacional. Na verdade, ele decorre das transformações verificadas no Estado

---

<sup>180</sup>ORTIZ, op. cit., p. 110-112.

contemporâneo. Durante o auge do Estado social, o serviço público era monopólio estatal, prestado pela Administração Direta ou pela Administração Indireta, o que fez proliferar a criação de autarquias, sociedades de economia mista e empresas públicas. Ao crescimento dessa estrutura estatal prestacionista, correspondeu, na mesma medida, o incremento das despesas do setor público a ponto de lhe acarretar um *déficit* que trouxe consigo dificuldades para uma atuação eficiente e competente. Por conseguinte, várias medidas foram adotadas pelos Estados em geral, muitos deles inspirados pelas ações adotadas na Inglaterra por Margaret Thatcher, no sentido de devolver algumas atividades à iniciativa privada, com o emprego de soluções privatizantes. E, se nem todos os serviços foram devolvidos à iniciativa privada, mediante ações de desestatização, muitos deles foram objeto de alteração no modo de gestão, deixando de ser executados pela Administração Direta ou Indireta, para, sob o controle estatal, virem a ser realizados por empresas privadas escolhidas por meio de licitação para tal fim, segundo os regramentos de um contrato de concessão.<sup>181</sup>

A polêmica, instaurada neste ponto, parte da própria conceituação de serviço público, sempre tortuosa. Em seguida, requer que se defina que setores exigiriam indispensavelmente a execução direta pelo Estado e que outros poderiam vir a ser objeto da ação privada, por meio de delegação. Por fim, tem-se a questão dos instrumentos pelos quais se possa vir a corrigir as lacunas de atuação do Estado, debate hoje centrado no tema das parcerias público-privadas.

---

<sup>181</sup> GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública*. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2004. p. 173-183.

Para que se tenha claro que serviços são esses de que cuida o art. 175 da Constituição, é preciso que se relembrem os requisitos à sua configuração, ditados pela tradicional doutrina francesa, que influenciou o Direito brasileiro: ser um serviço de interesse geral ou de utilidade pública (critério material), prestado pelo Estado (critério subjetivo), sob um regime jurídico de Direito Público (critério formal de conceituação)<sup>182</sup>.

Tal conceituação clássica é diametralmente oposta àquela americana, na qual praticamente toda atividade econômica é desempenhada pelo Estado, razão pela qual não se emprega o conceito de serviço público. O papel do Estado, nessa área, é o de regulador das atividades desempenhadas pelo setor privado.<sup>183</sup>

O passar do tempo e as conseqüentes alterações do Estado fizeram com que os elementos de caracterização do serviço público (segundo o modelo francês) sofressem alterações: admite-se que o serviço público pode ser prestado pelo Estado mas também, por seus agentes delegados, e isso pode se dar mediante um regime jurídico que pode ser público, porém eventualmente terá caráter híbrido, quando executado para fins industriais ou comerciais levados a efeito pelo Estado. Nessa nova configuração, esse assume com mais freqüência a tarefa de regulador do que de executor direto do serviço, desempenhando uma atuação protetora, garantidora e promocional.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Essa é a idéia do período marcado na França pelo apogeu da “teoria do serviço público”, a qual se filiavam Hauriou, Vedel e Bonnard. Cf. GROTTI, 2003, op. cit., p. 24-25.

<sup>183</sup> GROTTI, loc. cit. e nota 16.

<sup>184</sup> GROTTI, 2003, op. cit., p. 72.

Alguns, como Eisenmann, julgaram que o fato de os critérios definidores do serviço público não mais servirem para identificá-lo com precisão trouxe uma crise à teoria do serviço público. Outros, como Cassagne, entendem que ocorrera uma evolução na concepção jurídica de serviço público, para satisfazer as necessidades do homem.<sup>185</sup> Odete Medauar afirma, em consonância com essa última idéia, que o serviço público ainda existe, mas pode ser pensado, levando-se em conta a sua evolução, para inserir o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, mas sem abolir a presença do Estado, pois “...as atividades necessárias à coletividade não podem ficar à mercê apenas do jogo do mercado.”<sup>186</sup>

O fato é que as atividades são consideradas como serviço público - e, portanto, qualificadas como “de interesse coletivo e social” - ou têm alterada essa concepção, segundo o momento histórico. Sendo assim, não há serviço público por natureza ou essência. Inclusive, para Eros Grau, serviço público não é um *conceito*, porque os conceitos são atemporais - serviço público seria uma *noção*, cuja idéia, com o passar do tempo, vai sendo desenvolvida, vai se modificando.<sup>187</sup> Sua eleição é uma decisão política, dotada de historicidade, decorrente da concepção que se tenha a respeito do papel do Estado, que garantirá que a Constituição Federal ou as leis ordinárias definam quais são os serviços públicos em cada sistema jurídico.<sup>188</sup>

Há autores que elencam algumas razões que dão suporte a essa escolha política que consagra algumas atividades como serviço público.

---

<sup>185</sup> Ibid., p. 56-61.

<sup>186</sup> MEDAUAR, 2003 b, op. cit., p. 340.

<sup>187</sup> GRAU, op. cit., p. 164.

<sup>188</sup> GROTTI, 2003, op. cit., p. 88.

Exemplificativamente, são mencionadas a necessidade de retirar da especulação privada setores delicados, propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos, suprir carência da iniciativa privada e favorecer o progresso técnico.<sup>189</sup> Esses seriam, porém, os fundamentos para definir os serviços públicos cuja execução direta deva ser encargo do Estado.

Mas o quê, afinal, pode ser delegado aos particulares em matéria de serviço público, na atualidade, e segundo a Constituição de 1988? O que pode ser transferido aos entes menores segundo preconiza a subsidiariedade? O que deve permanecer sendo executado diretamente pelo Estado?

Inicialmente, é preciso que se examine a configuração que os serviços públicos receberam pela Constituição de 1988.

Os serviços elencados pela Constituição estão divididos em duas grandes áreas: aqueles que são “privativos” do Estado, e aqueles que não são “privativos”<sup>190</sup>. Os serviços privativos são aqueles que, por força do art. 175 da Constituição, são prestados diretamente pelo Estado, admitindo-se, contudo, a prestação pelos particulares, desde que por meio de concessão, permissão ou autorização conferida pelo poder público. Os serviços não-privativos podem ser prestados pela iniciativa privada independentemente destes instrumentos.<sup>191</sup> Estes últimos são os atinentes à saúde (art. 199,

---

<sup>189</sup> MEDAUAR, 2003 b, op. cit., p. 339.

<sup>190</sup> Importa salientar que a titularidade dos serviços é sempre estatal, razão pela qual não se poderia verdadeiramente afirmar que existam serviços “não privativos”, ou seja, que não seriam do Estado. Todavia, a classificação de GRAU, antes referida, é adotada para permitir que a distinção entre serviços que dependem de concessão, permissão ou autorização para seu exercício.

<sup>191</sup> Neste sentido, e empregando esta classificação, GRAU, op. cit., p. 153-154. GROTTI diverge dessa qualificação. A autora entende que os serviços que podem ser prestados independentemente de concessão,

*caput*, da Constituição), à previdência social (art. 202) e à assistência social (art. 204) e ao ensino (art. 209, *caput*),<sup>192</sup> Segundo Carlos Ari Sunfeld, o objetivo do legislador constituinte, ao outorgar tais competências ao Estado, não foi de reservá-las, mas apenas o de obrigar ao seu exercício.<sup>193</sup>

A área dos serviços públicos que nos cabe examinar segundo a proposta do presente trabalho é aquela regida pelo art. 175 da Constituição. Estes serviços são objeto de outros dispositivos constitucionais, porquanto esta se ocupa de estabelecer a repartição das competências para a sua execução entre os entes federados, de forma privativa, bem como de especificar aqueles que são de competência comum entre União, Estados-membros e Municípios, cabendo a cada um destes um setor prioritário pelo qual velar.

A repartição das competências relativas à prestação dos serviços públicos é a seguinte: são serviços públicos da União aqueles definidos no art. 21, X, XI e XII, *a a f*, e XXIII, da Constituição, aos quais se somam aqueles definidos pela Lei 9.074/95. Segundo as normas constitucionais, aos Estados-membros compete a prestação do serviço local de gás canalizado (art. 25, § 2º, ), as funções públicas de interesse comum às regiões metropolitanas que esses venham a instituir mediante lei complementar (art 25, § 3º), bem como as demais competências remanescentes que não estejam definidas à União,

---

permissão ou autorização, não são executados pelos entes privados com a característica de serviço público, e sim, constituiriam atividade econômica (2003, op. cit., p. 97).

<sup>192</sup> Assim, exemplificativamente, apresenta-se nestas áreas a possibilidade de encontrarmos hospitais privados, planos de saúde, regime complementar de previdência, entidades beneficentes qualificadas ou não como organizações sociais, bem como toda uma rede de ensino privado. Todas essas atividades ficam, contudo, sujeitas ao exercício do poder de polícia do Estado, sem que, com isso, fiquem submetidas a um regime jurídico de direito público, ou mesmo híbrido.

<sup>193</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 79-85, apud GROTTI, 2003, op. cit., p. 98.

nem tampouco sejam consideradas de “interesse local” dos municípios, os quais também devem prestar serviço de transporte coletivo municipal (art. 30,V). As competências comuns a todos os entes dizem respeito aos serviços públicos de saúde (art. 198) e de ensino público (art. 211).<sup>194</sup>

Seguindo com nossa reflexão a respeito de quais serviços poderiam ser transferidos aos particulares por conta de uma influência da aplicação da noção de subsidiariedade, nós nos encontramos diante de, pelo menos, três possibilidades. A primeira, já havia sido anunciada no início do tópico em questão, isto é, o sistema estabelecido pela Constituição admite que os serviços públicos privativos do Estado sejam por ele exercidos indiretamente, o qual pode transferir a sua execução direta a particulares pelo emprego dos instrumentos da concessão, da permissão e da autorização de serviço público. A segunda, diz respeito a um eventual espaço carente de definição mais precisa nos dispositivos constitucionais citados e que ensejaria a que o setor privado postulasse a qualificação de algum setor como atividade econômica em sentido estrito, e por isso, sujeito à livre iniciativa. E a terceira, reflete a subsidiariedade no momento em que o Estado busca na iniciativa privada o reforço à sua capacidade de ação e com esta une esforços, estabelecendo um regime de parceria para executar serviços públicos antecedidos ou não da realização de obras ditas estruturais.

---

<sup>194</sup> Veja-se no capítulo 4 que alguns desses serviços acabam por ser caracterizados por setores da doutrina como atividade econômica monopolizada, tal como o é, para alguns, o serviço postal, ou mesmo o gás canalizado.

A primeira possibilidade cogitada liga-se ao que já foi objeto de abordagem acima: algumas tarefas cometidas originalmente ao Estado foram objeto do influxo da subsidiariedade pela incidência da desestatização, na forma do art. 2º, § 1º, b, Lei 9491/97, antecedida pela Lei 8.031/90. Isso acarretou transferência de boa parte do setor que, na segunda metade do século XX, estava nas mãos do Estado para a iniciativa privada, tais como a energia elétrica e a telefonia.

O mencionado fenômeno (denominado, *lato sensu* de privatização) teve várias facetas. Uma delas destacou-se por operar a transferência do controle acionário do Estado para as empresas privadas. Outras se traduzem sob o vocábulo “parceria”, operando-se, basicamente, pela utilização de instrumentos jurídicos diversos – dentre os quais o contrato de concessão de serviço público, a permissão e a autorização, reintroduzidos no sistema jurídico em 1995, nos termos da Lei 8987/95, e da Lei 9074/95 – que deixam aos particulares a execução de determinado empreendimento ou a exploração de algum serviço público.<sup>195</sup>

Alguns setores prestacionais destacam-se quando observamos que, apesar de propiciarem uma retomada do contrato de concessão de serviço público, fazem-no de um modo bem diverso daquele que originalmente chamava a atenção para a colaboração e/ou à divisão de tarefas estabelecida entre setor público e setor privado.

Isso se deve ao fato de que o contrato de concessão de serviço público – assim como as permissões – não mais estabelece ao concessionário um regime de

---

<sup>195</sup> PENTEADO, op. cit., p. 22.

exclusividade na prestação. Hoje, dentre as diretrizes estabelecidas para que o Estado transfira a execução de uma atividade de relevância econômica tal como telefonia, ou ainda, como a energia elétrica, encontra-se a de propiciar e fomentar a competitividade entre os prestadores, que não mais são concessionários exclusivos.

Contudo, isso ocorreu sem que o Estado tenha se retirado completamente dessas áreas, pois ele criou as agências reguladoras para cuidar da gestão dos setores desestatizados. Desta forma, por meio das agências – autarquias criadas sob regime especial e cujo dirigente possui mandato definido para ser resguardado das oscilações políticas –, o Estado deve controlar preços e a qualidade do serviço que passa a ser prestado pelo mercado, criar e manter condições para que entre os entes privados que prestam o serviço se mantenha a concorrência, bem como dotar o setor de decisões mais pautadas pela técnica do que pela política.

Merece destaque a situação de alguns outros setores que, apesar de não terem sido objeto de leilões de ações ou similares ações desestatizantes, já foram alvo de disputa judicial na qual foi tema alguma discussão a respeito de seu caráter de atividade econômica em sentido estrito: são os casos das loterias, transporte aquaviário interestadual e do serviço postal<sup>196</sup>.

Em uma análise talvez mais guiada pelo senso comum, cremos que seríamos levados a pensar que a criação e a exploração de loterias não teriam relação

---

<sup>196</sup> Sobre o debate existente no que se refere à natureza da atividade postal e da aplicação da subsidiariedade nessa área, ver acima o item I.

nenhuma com a noção de serviço público, constituindo, sim, uma espécie de atividade econômica em sentido estrito. Não está – como em regra se espera de um serviço público - a oferecer “utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral.”<sup>197</sup> Neste sentido, em um primeiro momento, seria atividade passível de ser oferecida pelos “entes menores”, ou seja, pela iniciativa privada, segundo a livre iniciativa preconizada pela ordem econômica da Constituição. Todavia, essa análise permeada pelo senso comum evidentemente logo se apresentaria calcada na noção clássica de serviço público, que na atualidade, não mais vigora. As loterias são um exemplo de que o Estado pode, em decorrência de uma escolha de cunho político, definir na legislação quais são os serviços públicos que ele poderá prestar direta ou indiretamente, ainda que, na sua substância, sejam atividade estritamente econômica.

O caminho que se deve percorrer até concluir que o sistema constitucional brasileiro admite tal atividade como serviço público não é de tão fácil percurso.

A exploração de loterias é definida como ato ilícito penal, quando realizada sem autorização<sup>198</sup> - portanto, quando autorizada, é considerada como atividade lícita. Além das normas federais a respeito retirarem a ilicitude da conduta que explora loteria, igualmente a colocam junto da temática do serviço público, consoante se verifica

---

<sup>197</sup> BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p.628.

<sup>198</sup> Art. 51 do DL 3688/ (Lei das contravenções penais ) e art. 40,§ único, do DL 6259/1944.

dos dispositivos presentes no Decreto-lei 204/1967<sup>199</sup> e do Decreto-lei 6259/1944.<sup>200</sup> Pelo fato de a possibilidade de tal atividade penalmente repreensível ser tida como lícita ( em virtude de exceção inserida no sistema jurídico decorrente de legislação federal – pois legislar em matéria penal é competência da União conforme o art. 22,I, da Constituição) –, o referido “serviço público” não pode ser objeto de legislação ou criação por leis estaduais e municipais, consoante se tem manifestado o STF.<sup>201</sup>

O Min. Eros Grau afirma, em voto proferido na ADI 2.847-2/DF, que a loteria é modalidade especial de serviço público, e esclarece quais seriam as conseqüências de uma eventual admissão, pelo sistema jurídico nacional, de que o “serviço” lotérico seria uma verdadeira atividade econômica em sentido estrito, tal qual se depreende de uma leitura das Leis 9615/98 (Lei Pelé) ou da anterior, Lei 8672/93 (Lei Zico):

*“...porque, se admitíssemos que a Caixa Econômica Federal, por força do Decreto-Lei n. 204, exerce um monopólio de ‘atividade econômica em sentido estrito’, amanhã teríamos de sujeitar a Caixa Econômica Federal, na exploração desta atividade, às regras da concorrência; teríamos de submetê-las ao CADE, teríamos de, por*

---

<sup>199</sup> “ Art. 1º A exploração de loteria, como derrogação excepcional das normas do Direito Penal, constitui serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão e só será permitida nos termos do presente Decreto-lei.”

<sup>200</sup> “ Art. 1º O Serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acordo com as disposições do presente Decreto-lei.

(...)

Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jogo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

<sup>201</sup> Ver, a respeito, a ADI 2.847-2/DF. Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 5/08/2004. O STJ igualmente se reportou recentemente a essa decisão (MC 8315/PR. STJ, 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. DJU 28/02/2005, p. 185).

*exemplo, obrigar os franqueados da Caixa Econômica Federal a vender outros produtos, inclusive de loterias estaduais. Ou seja, operaríamos outra migração; acabaríamos fazendo migrar aquilo que era ilícito e se tornou lícito no campo do serviço público para o campo da atividade econômica em sentido estrito.”*<sup>202</sup>

Diante desse panorama, a atividade lotérica pode ser compreendida como um exemplo da subsidiariedade aplicada em seu sentido positivo – de ingerência do ente maior – sem que, contudo, existam, no meio social, as condições exigidas para tanto, visto que não se vislumbra a insuficiência do ente menor na execução da atividade, e sim, a conveniência do ente maior em mantê-la sob o seu controle e domínio.<sup>203</sup>

O caso do transporte aquaviário interestadual já foi objeto de decisão judicial, a qual, ainda que não tenha feito menção expressa à noção de subsidiariedade, revela que o posicionamento adotado pelo STF a respeito de sua prestação encontra consonância com tal noção, sob seu enfoque negativo, ou seja, indica o dever de não-ingerência do Estado.

A princípio, o transporte aquaviário interestadual constitui serviço público de competência da União, nos termos do previsto pelo art. 21, XII,d,da

---

<sup>202</sup> ADI 2.847-2/DF.

<sup>203</sup> Além desse aspecto, há uma faceta da atividade que poderia estabelecer um liame mais próximo do **fomento**, do que do serviço público estritamente considerado, em virtude de sua ligação com a obtenção de receitas para incentivar e subsidiar o desporto, segundo cogita SOUTO, 2004, op. cit., p. 298.

Constituição.<sup>204</sup> Todavia, para que seja assim reconhecido, com a condição de *serviço público*, o STF entendeu que seria indispensável que a sua prestação se revestisse de verdadeiro *interesse social*. Caso a prestação seja destinada à satisfação do interesse privado, para o exercício de atividade econômica de empresa, o referido transporte, ainda que previsto pelo texto constitucional como serviço atinente à União, no momento em que deixa de ser prestado, não configura omissão do poder público no desempenho de tarefa pública, porque assim não poderia ser caracterizada.

Considerando os elementos indispensáveis à configuração do serviço público, o STF entendeu que não poderia a União ser responsabilizada por omissão e condenada a indenizar empresa privada por deixar de prestar o serviço. No caso referido, a empresa postulava indenização por omissão da União, visto que esta incluiu sociedade de economia mista (Companhia de Navegação do São Francisco S/A – FRANAVE) no programa de desestatização, por intermédio da Lei 8.031/90. Após essa data, a FRANAVE teria deixado de realizar transporte de soja para a referida empresa.

O STF concluiu que, não mais sendo vigente o contrato de prestação de serviços entre as partes, a ausência do transporte não acarretaria responsabilidade da União, visto que o objeto do transporte aquaviário prestado pela FRANAVE era típica atividade econômica, destinada não à população em geral, e sim, voltada à circulação de

---

<sup>204</sup> “Art. 21 – Compete à União: (...)XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: (...)d)os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estados ou Territórios.”

mercadorias de empresas privadas, razão pela qual estaria ausente a sua vinculação ao *interesse social*.<sup>205</sup>

Isto quer dizer que, apesar de modo indireto, o STF deixou explícito que, se uma atividade não é voltada à consecução de fins de interesse público, deve ser deixada à prestação pela iniciativa privada (tal como ocorreu no caso, pois a empresa federal foi inserida no programa de desestatização), em uma admissão não-expressa dos elementos da subsidiariedade considerados em sua faceta negativa, de deixar aos entes menores a execução das tarefas que podem por eles ser prestadas.

## **6.2 – Reflexos dos elementos da subsidiariedade do art. 175 da Constituição: o contrato de concessão e a forma de suprir as lacunas de atuação estatal**

Uma das situações que tem por temática a passagem da execução de serviços - anteriormente considerados como área restrita ao setor público - , para o setor privado (ou “entes menores”, na linguagem adotada em função da subsidiariedade), envolve as chamadas “parcerias público-privadas” ou simplesmente “PPP’s”. Cuida-se aqui de um instrumento contratual introduzido no Brasil por força da Lei 11.079, de 31/12/2004. Não constitui novidade, pelo menos, não de todo, porquanto traduz-se por uma subespécie da já tão conhecida concessão de serviço público. Isto quer dizer um contrato que,

---

<sup>205</sup> RE 220.999-7/PE. Rel. Min. Marco Aurélio. STF, 2. T, julgado em 25/04/2000, também citado por GRAU, op. cit., item 59, c, p. 162, nota 39.

conforme foi mencionado antes, utilizava-se no século XIX para que a iniciativa privada investisse em setores de infra-estrutura. A retomada de sua utilização no Brasil, regido pela Lei 8987/95,<sup>206</sup> ocorre em meio à nova crise econômica e à necessidade de reduzir as proporções do Estado e buscar outra vez a parceria com o setor privado<sup>207</sup>. Mais uma vez o contrato de concessão volta à cena nacional, sob nova roupagem, agora inspirado na utilização que dele foi feita em países como a Inglaterra, Japão, Canadá, dentre outros. O cenário atual dessa retomada das concessões é o de um Estado de reduzida capacidade de endividamento, resultado, dentre outros fatores, de um grande número de operações de crédito assumidas anteriormente e às despesas crescentes. Diante de limites reais, de imposições legais para que tais limites sejam respeitados (leia-se Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n. 101/2000), e de uma absoluta carência de investimentos em setores de infra-estrutura, é preciso que a iniciativa privada (ou os “entes menores”) tenham seu interesse novamente despertado à realização de investimentos de grande porte.<sup>208</sup>

O que esta nova espécie de contrato de concessão introduz são características que têm por objetivo tornar mais atraentes aos investimentos da iniciativa privada tarefas as quais o Estado não mais possui condições de, sozinho, desenvolver. Em vista disso, a legislação traz duas formas de PPP: a concessão patrocinada e a administrativa (art. 2º, §§ 1º e 2º). A primeira delas admite que, além da possibilidade de a

---

<sup>206</sup> A doutrina menciona que, antes mesmo do advento das Leis 8.987/95, e 9.074/95, na prática já se apresentavam associações de recursos públicos e privados, a exemplo do ocorrido para viabilizar a construção das usinas hidrelétricas de Serra Mesa (em Goiás), Itá e Machadinho (no Rio Grande do Sul). Naquele período, a grande demanda por energia, e a crise fiscal dos estados os impeliram a procurar medidas alternativas que atendessem à demanda, o que exigiu do Tribunal de Contas da União um exame mais flexível da conduta dos gestores públicos, em especial, diante da insuficiência dos mecanismos da legislação para acolher semelhantes inovações. A respeito, ver ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. *Fórum Administrativo*. n. 47, p. 4945, jan., 2005.

<sup>207</sup> A respeito da retomada desse modelo de parceria com o setor privado, veja-se DI PIETRO, op. cit., p. 44 e ss.

<sup>208</sup> MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei 11.079, de 30/12/2004. *Interesse Público*, n. 29, p. 63-67, 2005.

concessionária vir a cobrar tarifa do usuário, poderá receber contraprestação pecuniária do próprio poder concedente; a segunda, admite que a Administração Pública venha a ser usuária do serviço ou obra, objeto da concessão.

Dentre as características que distinguem as parcerias público-privadas da concessão comum da Lei 8987/95, estão a partilha dos riscos inerentes à atividade concedida entre o poder concedente e o parceiro privado (art. 5º,III, da Lei 11.079/04); a possibilidade de prever que o pagamento da remuneração do parceiro privado será variável de acordo com seu desempenho, segundo metas e padrões de qualidade definidos no contrato (art. 6º, § único), bem como o estabelecimento de limite mínimo do valor contratado (R\$ 20.000.000,00; art. 2º, § 4º,I); limite de vigência do contrato não-inferior a 5 anos, nem superior a 35 anos; possibilidade de financiamento do empreendimento total ou parcialmente a cargo da iniciativa privada e excepcionalmente a cargo do setor público. O contrato da parceria público-privada será antecedido da criação de uma sociedade de propósito específico, responsável pela implantação e gestão do seu objeto (art. 9º) e cujo controle poderá vir a ser transferido para os agentes financiadores (art. 5º, § 2º,I), titulares da garantia de execução prestada pelo parceiro privado (art. 5º,VIII), em caso de vir a ser necessária a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

O surgimento dessa nova categoria contratual, dotada das características particulares acima, decorreu de um firme propósito de o Estado brasileiro resgatar o interesse da iniciativa privada para a execução de atividades ou obras de vulto, concedendo-lhe maiores garantias de retorno do investimento, ou, pelo menos, de partilha

dos riscos que lhe são característicos. Desta forma, enquanto o contrato de concessão “comum” não prevê blindagens para os riscos do negócio, e só admite que o concessionário recupere o investimento a partir da cobrança de tarifa do usuário, a parceria público-privada – variante desse mesmo contrato de concessão – protege mais o investidor, dentre outros aspectos igualmente importantes.<sup>209</sup> Mantém-se no sistema jurídico o contrato tradicional de concessão (“concessão comum”), porém disponibiliza-se ao Estado uma subespécie, adaptada aos novos tempos de redução de recursos e incremento de necessidades da população, cuja satisfação demanda investimentos de grande monta.

Podemos afirmar, diante das características da nova espécie de contrato de concessão, que ele traduz em si reflexos do conceito de subsidiariedade, ainda que de modo particularizado. Tradicionalmente, algumas das tarefas que hoje podem vir a ser delegadas à iniciativa privada por intermédio de uma PPP eram concebidas como de execução e prestação apenas pelo Estado. Como exemplo, poder-se-ia cogitar da construção de presídios e da sua respectiva gestão, que poderia ser objeto de uma concessão administrativa. Ao verificar-se que, na atualidade, encontra-se esse setor extremamente carente de investimentos, o que acarreta efeitos gravosos às condições carcerárias, bem como da segurança da população, salta aos olhos um setor prestacional que se apresenta insuficiente. De outro lado, o outro sujeito da subsidiariedade - a iniciativa privada - possui condições de melhor levar a efeito semelhante empreitada, desde que lhe seja fornecido o conjunto de meios necessários a tal fim. Estes meios vêm a ser o conjunto de garantias oferecidas ao investidor privado que assume a parceria.

---

<sup>209</sup> FREITAS, Juarez. parcerias público-privadas (PPP's): características, regulação e princípios. *Interesse Público*, n. 29, p. 13, 2005.

Nesse sentido, Freitas afirma que “*está o cidadão (não mais um simples ‘administrado’) passando a ser (embora vulnerável) proativo e protagonista, menos passivo e súdito.*”<sup>210</sup>

Outro aspecto que pode ser assinalado é o de que a parceria público-privada abre espaço à atuação realmente conjunta entre o poder público e a iniciativa privada. Nisso faz-se perceptível a característica de que a subsidiariedade não apenas se apresenta nos casos em que uma atividade é totalmente assumida pelo ente maior ou pelo ente menor, podendo também configurar assunção parcial, na medida da insuficiência existente.

Todavia, deve o administrador eleger a área que será destinada a essa nova forma de concessão com o apoio do postulado da proporcionalidade, para que reste comprovada a necessidade da delegação da atividade, a adequação da medida, e a sua proporcionalidade em sentido estrito, sob pena de que sejam admitidas as delegações de atividades tidas por essenciais ao Estado. Estas devem permanecer sob sua responsabilidade, passando-se ao setor privado as demais, de modo a que justamente aquelas diretamente relacionadas aos direitos fundamentais e à redução das desigualdades sociais possam vir a ser objeto de maior dedicação e investimentos por parte do Estado.

---

<sup>210</sup> FREITAS, op. cit., p. 36, nota 45.

## CONCLUSÃO

A subsidiariedade é um conceito aplicável à ordem econômica do Estado brasileiro. Isso fica evidente quando empregamos ao contexto da ordem econômica o modelo conceitual de Stadler, que nele identifica como elementos o sujeito, o objeto e o termo normativo.

Deste modo, na ordem econômica de um Estado, o sujeito do conceito é representado pelo Estado e pelas pessoas jurídicas que compõem a sua estrutura (entes maiores), bem como pelos indivíduos e/ou pessoas jurídicas atuantes no setor privado (entes menores). O objeto, em se tratando de ordem econômica, vem a ser a exploração de atividade econômica e a prestação de serviços públicos. O termo normativo da subsidiariedade é identificado como sendo o elo entre sujeito e objeto, que consiste no estabelecimento de deveres negativos (de abstenção) e de deveres positivos (de intervenção), voltados à execução de tarefas consideradas necessárias para o estabelecimento de um equilíbrio entre os sujeitos e à consecução, em última instância, da dignidade da pessoa humana e do bem comum. Tal termo normativo propicia um equilíbrio entre os outros dois elementos relacionados, pois, ao ser revelada a lacuna na execução de uma tarefa, o todo não pode ser prejudicado - alguém deve assumir a sua execução. E esta deve dar-se de um modo a que seja implementada por intermédio de quem melhor possa atuar no assunto.

Vista sob essa ótica, a subsidiariedade não se limita a traduzir um conceito restrito ao Estado liberal e correspondente à conduta estatal absenteísta. Ela pode servir também para orientar o administrador público a atuar – sozinho ou em colaboração com a iniciativa privada - diretamente em áreas da economia manifestamente carentes de desenvolvimento. E isso será decorrente do fato de poder configurar, de acordo com o proposto por Humberto Ávila, e segundo a situação em que seja evocado, um princípio, ou uma regra, ou um postulado normativo aplicativo. Desta maneira, pode indicar fins que devam ser buscados, a exemplo da promoção da dignidade da pessoa humana e a descentralização, bem como definir condutas objetivas que devam ser adotadas. E, em especial, tem a possibilidade de munir o administrador público de elementos que lhe permitam inferir se cabe ou não ao Estado agir diretamente na exploração de atividade econômica ou na prestação de serviço público - configurando absorção ou participação -, e, ainda, se a insuficiência revelada pelo objeto da subsidiariedade é parcial ou total. Caso seja parcial, a atuação do poder público pode ocorrer de modo compartilhado com a iniciativa privada.

Quanto à conduta objetiva a ser adotada pelo administrador público como resultado do reconhecimento da aplicabilidade da subsidiariedade, supõe-se que, dadas as condições atuais e tendências dos Estados de modelo mais liberal, venha a materializar-se por meio de decisões administrativas que redundem em uma aplicação da subsidiariedade, mormente em seu aspecto negativo, quando se tratar de criação de estruturas estatais para a atuação direta na economia, em seu sentido estrito. Entretanto, no que se refere à satisfação das carências nas áreas sociais menos protegidas, que demandam

pela execução de serviços públicos de forma mais abrangente e eficiente, deve-se esperar decisões da Administração que possibilitem uma atuação subsidiária positiva, a exemplo da ação estatal no fomento da iniciativa privada e na busca pelas parcerias com os privados, para atender a setores deficientes e que demandem investimentos que o Estado, por si só, não consiga atender. Tais condutas viriam ao encontro de um dos propósitos da aplicação da subsidiariedade, que é o de atingir a autonomia da pessoa, a fim de realizar a dignidade da pessoa humana.

A subsidiariedade possibilita a que melhor se compreenda o agir do Estado brasileiro na ordem econômica quando este atua mediante absorção, participação e prestação de serviços públicos.

Em se tratando de absorção, as normas da Constituição determinam a excepcionalidade da instituição de monopólios estatais, passíveis de serem criados somente nos casos constitucionalmente definidos, ou seja, atribui-se ao Estado, como regra geral, o dever negativo. Além disso, admite a concessão de etapas do processo aos entes privados, evidenciando-se que o termo normativo reserva o dever positivo de ação ao Estado com exclusividade apenas no que diz respeito ao processo decisório, de política desse setor econômico, e da fixação do preço. E tal opção decorre do fato de que o Estado é que dispõe das condições mais adequadas para resguardar esse segmento da economia, a fim de que, em última instância, ele possa proteger o interesse coletivo. Em outras palavras, mantém-se o Estado como ente preponderante nessa área econômica, no entanto reafirma-se que a iniciativa privada também pode nela colaborar e exercer tarefas.

O art. 173 da Constituição brasileira pode ser interpretado, para os fins do presente trabalho, como voltado a concretizar a subsidiariedade sob o aspecto negativo de sua norma, em se tratando da intervenção do Estado por meio de *participação*.

O indicativo de que a direção em que o art. 173 da Constituição estava a apontar, já na época da promulgação do texto constitucional, era o da atuação subsidiária do Estado no domínio econômico, sob o enfoque **negativo**, pode ser confirmado pela edição da legislação que instituiu o Plano Nacional de Desestatização, o Programa de Privatização” e o “Programa Federal de Desestatização” (em especial, as Leis 8.031/90 e 9.491/97). Isto significa que a legislação infraconstitucional agregou maior significado ao conteúdo de subsidiariedade, subjacente à norma do art. 173 da Constituição, pelo menos, no tocante à Administração Federal. Isso porque – relativamente à participação do Estado na ordem econômica por meio da adoção da competição com os privados – apresenta a mencionada legislação medidas pelas quais a Administração Federal poderia reordenar o foco de sua atuação, desvinculando-se da responsabilidade e das despesas geradas pela gestão de áreas nas quais na atualidade já não mais faria sentido tanto dispêndio do Estado.

Porém, a iniciativa mostrou-se um tanto tímida, limitada a atos de desestatização. Além disso, a forma de sua implementação foi açodada e refletiu pouco planejamento impedindo o alcance de resultados mais satisfatórios. Em decorrência, o disposto no art. 173 da Constituição, que consagra o ideal de subsidiariedade sob seu aspecto negativo, ainda que apresente as condições para que os elementos e pressupostos da subsidiariedade se manifestem, não encontrou o espaço ideal de efetividade no plano

concreto da ordem econômica nacional, devendo ainda ser objeto de medidas voltadas ao seu aperfeiçoamento.

O disposto no art. 175 da Constituição – que expressa o modelo de atuação estatal adotado em matéria de serviços públicos – fornece indicativo de que há condições para aplicar a noção de subsidiariedade nesse campo.

Visto que a abrangência do conceito de serviço público é definida e moldada segundo o que se está a exigir do Estado no momento histórico respectivo, o grau de atuação estatal na prestação direta desses serviços requer que se observe quais deles na atualidade são demandados do Estado contemporâneo. E, de outro lado, o administrador público deve – no momento em que definirá se cabe a ele prestar diretamente um serviço ou não – considerar de que modo terá condições de fazê-lo com maior eficiência e sem prejuízo das ações fundamentais às quais o setor público deve se dedicar (por exemplo, educação, saúde, segurança, e outros serviços).

Em qualquer situação, o limite à subsidiariedade estatal será dado pela interpretação conjunta dos compromissos assumidos na Constituição, isto é, a redução de desigualdades sociais e a promoção da dignidade humana. Em outras palavras, se, de início, as condições financeiras do Estado brasileiro revelarem que a maior eficiência na realização de um serviço somente seria alcançada pela sua execução indireta, pelo emprego de um dos instrumentos que a viabilizam (por exemplo, uma parceria público-privada), deve ser o ente inferior ou menor – setor privado – a quem este serviço deve ser cometido

ou partilhado. Todavia, se essa delegação acarretar prejuízo à população destinatária do serviço, que afete a dignidade da pessoa humana, ou que venha em prejuízo da redução das desigualdades sociais, é sinal que estes entes menores, a quem a subsidiariedade deve servir, de modo a fomentar sua autonomia, devem ser atendidos diretamente pelo Estado, ainda que isso não ocorra da forma ideal, com um serviço da melhor qualidade. É nesse ponto que a proporcionalidade auxiliará, na condição de critério aplicativo (ou postulado, no dizer de Humberto Ávila) a tomada de decisão do Administrador quanto ao modo – direto ou indireto – de este ordenar a que seja executado determinado serviço público.

## Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. do original em alemão por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL VIEIRA, R. A . O intervencionismo brasileiro: raízes históricas e perspectivas (ou o estatismo é um determinismo?). *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 42, p.295-368, abr./jun. 1974 .

ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Bauru: EDIPRO, 1995.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo:s.n., n. 24, out./dez. 1998, p.159-180.

\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: s.n., n. 215, jan./mar. 1999, p. 151-179.

\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel. *El principio de subsidiariedad y la administración local*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O Princípio de subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Regime constitucional do serviço postal: legitimidade da atuação da iniciativa privada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 222, p.179-212, out./dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 389-433.

BECKER, D. João. Segunda Carta Pastoral - expondo ao clero e aos fieis de sua archidiocese a encyclica *Rerum Novarum* do S. Pontifice Leão XIII. Porto Alegre: Typographia do Centro, 1914.

BORGES, Marta. Subsidiariedade: controlo *a priori* ou *a posteriori*. *Temas de integração*. Coimbra, vol. 2, n. 3, p. 67-99, 1997.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, 2. ed.. Trad. por A. Menezes Cordeiro do original em alemão.

CARRIO, Genaro R. *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Ordem econômica na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Público* n. 93, p. 263-276, jan./mar. 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 43-70, jul.-set. 1997.

\_\_\_\_. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”? *Revista de Direito Administrativo*, n. 230, p. 45-74, out./dez. 2002.

\_\_\_\_. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. In MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (org.). *Uma avaliação das tendências*

*contemporâneas do Direito Administrativo: Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 441-479.

DEUERLEIN, Ernst. *Föderalismus: die historischen und philosophischen Grundlagen des föderativen Prinzips.* München: Paul List, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas.* 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: 1997.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos em serio.* Barcelona: Ariel, 2. ed., 1989. Trad. por Marta Guastavino do original inglês.

EIZIRIK, Nelson. Monopólio estatal do gás: participação de empresas privadas na sua execução. *Revista Trimestral de Direito Público.* São Paulo, v. 95, n. 10, p.115-133, 1995.

ESSER, Josef. *Principio y norma em la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado.* Barcelona: Bosch, 1961.

EUROPA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. <http://europa.eu.int/lex/lex/pt/treaties/dat/12004/htm/12004v.html>.

FERAL, Pierre-Alexis. Le principe de subsidiarité dans l'Union européenne. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*. Paris, T. 112, n. 1, p. 203-240, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FORGIONI, Paula A . *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FREITAS, Juarez. Parcerias público-privadas (PPP's): características, regulação e princípios. *Interesse Público*, n. 29, p. 13-61, 2005.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. 4. ed., 9. reimpr. Madrid: Alianza, 1995.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos econômicos e a concessão no Estado regulador. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública*. V. 1. Coimbra: Coimbra Editora (CEDIPRE), 2004. p. 173-317.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7. ed. , rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Intervenção do Estado na economia. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 53-66. 1996.

—. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. do original em alemão por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

ISENSEE, Josef. *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht – eine Studie über das Regulatives Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

JUNQUEIRA, Kátia Valverde. Privatização, concessão e desenvolvimento econômico sustentável – o case da distribuição de gás canalizado. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 3, p. 1340-1351, jan./fev. 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Trad. do original em alemão por José Florentino Duarte. Porto Alegre: SAFE, 1986.

KUTTENKEULER, Benedikt P. *Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzip im Grundgesetz: ein Beitrag zur Bedeutung des Subsidiaritätsprinzip für die Kompetenzabgrenzung im Bundesstaat*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de Ética jurídica*. Trad. do original em alemão por Luis Diez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. do original em alemão por José Lamego. 3.ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LATAILLADE, Iñigo Cavero. El principio de subsidiariedad en el marco de la Unión Europea. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, v. 18, p. 123-145, 1994.

LAUBADÈRE, André de. *Direito Público Económico*. Trad. do original em francês por Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.

LECLERCQ, Claude. *L'État fédéral*. Paris, Dalloz, 1997.

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito Econômico*. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LIMA, Alceu Amoroso. *As encíclicas sociais de João XXIII: introdução*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LINHARES, Marcel Queiroz. Estado social e princípio da subsidiariedade: reflexos sobre o conceito de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 33, p. 209-223, 2000.

MAGALDI, Felícia. “*Carta Encíclica “Quadragesimo Anno”*” - sobre a restauração da ordem social. Juiz de Fora: Livraria Editora Lar Católico, 1944.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2. ed., rev . , atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003a.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed., revista e atualizada, 2003b.

\_\_\_\_\_. Serviços públicos e serviços de interesse econômico geral. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Coord. *Uma avaliação das tendências contemporâneas do Direito Administrativo: obra em homenagem a Eduardo García de Enterría*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003c.

MESQUITA, Luís José de. *As encíclicas sociais de João XXIII. Mater et Magistra: comentários atualizados com a Pacem in Terris*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1963.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance da lei, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos

controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei 11.079, de 30/12/2004. *Interesse Público*, n. 29, p. 63-92, 2005.

MILLON-DELSOL, Chantal. *Le principe de subsidiarité*. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. PRADO, Ney. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 24, n. 96, p. 126-127, out/dez 1987.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade (céleres considerações). *Revista de Direito Administrativo* n. 225, p. 179-193, jul./set. 2001.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Princípios de Derecho Público Económico* *Princípios de Derecho Público Económico: modelos de Estado, gestión pública, regulação económica*. Granada: Editorial Comares, 2001.

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

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Privatização e parcerias: considerações de ordem constitucional, legal e de política econômica. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, n. 119, ano 39, p. 9-25, jul./set. 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

PONTIER, Jean-Marie. La subsidiarité em Droit Administratif. *Revue du Droit Public et de la Science Politique em France et a L'Étranger*. Paris: n. 6, p. 1515-1537, nov./déc. 1986.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Câmara da Reforma do Estado. “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”. Brasília, novembro de 1995. [www.planalto.gov.br/publi\\_04/COLECAO/PLANDI3.HTM](http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI3.HTM). Acesso em 23/10/2005.

QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Européia*. Coimbra: Almedina, 1995.

RINELLA, Angelo. Il principio di sussidiarietà. In: RINELLA, Ângelo; COEN, Leopoldo; SCARCIGLIA, Roberto (org.). *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali – Esperienze a*

confronto. *Quaderni Giuridici del Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli studi di Trieste*, Padova, fascicolo n. 4, 1999.

RODRÍGUEZ-ARANA. Jaime. *Cuatro estudios de Derecho Administrativo Europeo*. Derechos fundamentales, subsidiariedad, subvenciones y Administraciones Públicas: sobre el principio de subsidiariedad. Granada: Editorial Comares, 1999.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito Constitucional Econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: SAFE, 2000.

SILVA, Américo Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVEIRA, Raquel Dias da. Análise jurídico-econômica das políticas públicas de privatização no Brasil durante a década de 90. *Revista de Direito Municipal*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 215-221, abr./jun. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo das Concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA, Washigton Peluso Albino de. *Teoria da Constituição Econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *Consenso e Tipos de Estado no Ocidente*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 2002.

STADLER, Hans. *Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus – Ein Betrag zum schweizrichen Staatsrecht*. Freiburg in der Schweiz: Universitätsbuchhandlung, 1951.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MC 8315/PR. STJ, 1ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. DJU 28/02/2005, p. 185.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativos de Jurisprudência*. n. 361, 362, 378, 382, 380, 390, 392, 409 .

\_\_\_\_. RE 220.999-7/PE. Rel. Min. Marco Aurélio. 2ª T, julgado 25/04/2000.

\_\_\_\_. ADI 1.649/DF. Rel. Min. Maurício Corrêa. Tribunal Pleno, julgado em 24/03/2004.

\_\_\_\_. ADI 2.847-2/DF. Rel. Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, julgado em 5/08/2004.

SWISS INFO. <http://www2.swissinfo.org/spt/swissinfo.html>, de 22/08/2002. Acesso em 12/11/2005.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no Direito Público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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

ZYMLER, Benjamin. As licitações no âmbito das parcerias público-privadas. *Fórum Administrativo*. n. 47, p. 4940-4961, jan., 2005.

ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria geral do federalismo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do Estado*. Trad. do original em alemão por Karin Praefke-Aires Coutinho. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.