

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

A ATUAÇÃO DO ESTADO PERANTE A ECONOMIA E A PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

SIMONE ANACLETO LOPES

PORTO ALEGRE, 2007

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

**A ATUAÇÃO DO ESTADO PERANTE A ECONOMIA E A PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS PÚBLICOS SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**SIMONE ANACLETO LOPES**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, sob a orientação do Prof. Dr. Cezar Saldanha Souza Jr.

PORTO ALEGRE, 2007

## AGRADECIMENTOS

Toda obra humana é resultado de um esforço para o qual muitas outras pessoas contribuíram de forma mais ou menos decisiva. Isto não é diferente com o presente trabalho. A muitas pessoas devo agradecimentos pelas lições recebidas ao longo da vida e que, de uma maneira ou de outra, culminaram neste momento.

Agradeço, antes de tudo, aos meus pais, primeiros responsáveis por minha formação, que incluiu forte senso de responsabilidade e uma vontade imensa de crescer, desenvolvendo-me principalmente pela educação, que eles sempre prestigiaram.

Aos mestres, tantos, tão importantes, faço a referência na pessoa de quem mais diretamente se relaciona ao trabalho que se segue, que é o meu orientador, Dr. Cezar Saldanha Souza Jr., que, desde o primeiro instante, ofereceu-me seu apoio, seu estímulo, acreditando - mais do que eu mesma era então capaz de o fazer - que eu poderia vir a concluir com êxito esta etapa. De mais a mais, suas observações, ao longo do tempo, sempre me foram de inestimável valia, fazendo-me atentar para aspectos que, sem sua contribuição, teriam sido negligenciados, o que me teria deixado em rumos bem menos proveitosos do que os que acabei por tomar.

Devo, no entanto, fazer referência também ao Professor do Curso de Economia da UFRGS, Dr. Giácomo Balbinotto Neto, cujas observações e indicações bibliográficas relativas aos muitos autores que se direcionaram à análise econômica do Direito foram especialmente importantes para mim.

Dentre os colegas e amigos, destaco a pessoa de Artur Alves da Motta, por nossos debates e trocas de idéias, igualmente tão proveitosos, e também por sua permanente generosidade.

Por fim, não posso deixar de agradecer à minha família mais próxima, meu marido e nossas duas pequenas filhas, ao mesmo tempo, esteio e luz de minha vida, a quem tantas horas de convívio roubei para poder concluir o texto que se segue.

## RESUMO

O presente trabalho, levando em conta as grandes transformações pelas quais o Estado brasileiro tem passado em relação à sua atividade econômica, nos últimos anos, volta-se para o exame das alterações na prestação dos serviços públicos, especialmente do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição Federal de 1988. Na primeira parte, são feitas considerações gerais, com vistas a situar o caso brasileiro num contexto maior, já que as ocorrências nele verificadas fazem parte de um processo histórico, mais ou menos simultâneo em todo o mundo ocidental. Partindo da consideração da complexidade da natureza humana, examina-se a constante interação entre a economia e o direito, a política e a ética, faz-se um apanhado histórico sobre a evolução do papel do Estado perante a economia, e, por fim, faz-se um estudo um pouco mais detido sobre a expressão "economia de mercado". Já a segunda parte do trabalho centra-se no exame do caso brasileiro, a partir da análise da Constituição Federal. Após uma classificação das diversas funções que dito Estado pode assumir em relação à economia, detém-se o estudo sobre o serviço público, cujos contornos se procura precisar. Passa-se ao exame de sua remuneração - se por impostos, taxas ou preços públicos (tarifas). Por fim, enfrenta-se a questão da suspensão da prestação de um serviço público face à inadimplência do usuário, tal como admitida pela Lei n. 8.987/95.

Palavras-chave: Direito Constitucional Econômico; atividade econômica; serviço público.

## RÉSUMÉ

Ce travail, considérant les grandes transformations subies ces dernières années par l'État brésilien en ce qui concerne son activité économique, se penche vers l'examen des modifications dans la prestation des services publics, spécialement sous le point de vue de sa compatibilité avec la Constitution Fédérale de 1988. Dans la première partie, sont faites des considérations générales pour situer le cas brésilien dans un contexte plus grand, vu que les événements qui ont été constatés font partie d'une évolution historique, à peu près simultanée dans tous le monde occidental. Prenant comme point de départ la complexité de la nature humaine, on examine la constante interaction entre l'économie et le droit, la politique et l'éthique, on fait un aperçu historique sur l'évolution du rôle de l'État vis à vis l'économie, et, finalement, est faite une étude un peu plus approfondie sur l'expression "économie du marché". Dans la seconde partie, le travail se centralise dans l'examen du cas brésilien à partir de l'analyse de la Constitution Fédérale. Après une classification des différentes fonctions que le mentionné État peut assumer par rapport à l'économie, l'étude se détient sur le service public dont on cherche à préciser les contours. On passe à l'examen de sa rémunération - soit par impôts, taxes ou redevances. Finalement, on fait face à la question de suspension de la prestation d'un service public vu le non paiement de part de l'utilisateur, tel qu'elle est reconnue par la Loi n. 8.987/95.

Mots clés: Droit Économique Constitutionnel; activité économique; service public.

## SUMÁRIO

Introdução .....	7
<b>PARTE I - CONSIDERAÇÕES GERAIS .....</b>	<b>13</b>
1. A complexa natureza humana .....	13
2. Investigações sobre a relação entre Economia e Direito .....	15
3. Notas sobre a evolução da concepção do Estado em relação à Economia .....	24
4. A economia de mercado e o Estado contemporâneo .....	39
<b>PARTE II - ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....</b>	<b>53</b>
5. As classificações da atuação do Estado brasileiro perante a Economia .....	53
6. A prestação de serviços públicos conforme a Constituição Federal de 1988.....	63
6.1. Distinções necessárias .....	63
6.2. O novo serviço público.....	71
6.3. A remuneração dos serviços públicos .....	83
6.4. A suspensão da prestação de serviços públicos ante a inadimplência do usuário.....	90
Conclusão .....	106
Referências bibliográficas .....	114

## INTRODUÇÃO

O primeiro artigo de nossa Constituição Federal está redigido da seguinte maneira:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

E o art. 3º da mesma Carta Magna, por sua vez:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Não obstante a redação desses dispositivos tenha sido consagrada com a Carta de 05 de outubro de 1988, posteriormente a tal data, o Estado brasileiro passou por uma sensível remodelação de sua estrutura, fundamentalmente sob o argumento da necessidade de sua modernização e da diminuição do "tamanho da máquina", reputada ineficiente e excessivamente onerosa. Essa reestruturação, pois, deu-se sob o influxo de considerações de ordem eminentemente econômicas, carecendo-se, no entanto, de uma análise jurídica mais profunda sobre qual deve ser o papel do Estado - e sua co-respectiva estrutura - primeiro, de acordo com os seus fundamentos assentados pela Carta Magna, e, depois, em função dos objetivos que lhe foram traçados por essa mesma Lei Maior.

Destacam-se, nessa perspectiva de nova estruturação, feita freqüentemente sob a inspiração de modelos adotados em outros países, a privatização de inúmeros órgãos públicos, em paralelo com a criação das agências reguladoras, as reformas administrativa e da previdência social, a criação de diversas novas figuras de direito administrativo, tais como as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPIs) - instituídas, respectivamente, pelas Leis ns. 9.737/1998 e 9.790/1999. Mencione-se, ainda, a

sensível ampliação, na última década, dos serviços públicos cuja prestação foi efetivamente delegada a particulares.

Levando em conta esse contexto, o presente estudo, situado no âmbito do Direito Constitucional Econômico, tem por finalidade analisar essas modificações que têm acarretado tão profundas alterações para o próprio Estado brasileiro e o Direito vigente. Ao final, o que se pretende é verificar se, juridicamente, o novo modelo para o Estado brasileiro decorrente de todas essas mudanças adequa-se aos fundamentos estabelecidos pela Constituição Federal, assim como se parece apto a atender aos objetivos que ela lhe preconiza, voltando-se especialmente para a questão da prestação dos serviços públicos.

Registre-se, pois, que não há a pretensão de análise de todos os diversos aspectos que a matéria envolve, ou seja, não se pretende a seguir fazer uma análise aprofundada de todos os vários tipos de atuação na ordem econômica possíveis ao Estado brasileiro, embora para fins de contextualização do assunto faça-se necessário perpassar em linhas gerais essas possibilidades.

Por outro lado, ainda, o tema central não é, propriamente, o do serviço público em si - pelo menos não do ponto de vista do Direito Administrativo. Apenas, partindo da consideração, na linha de Eros Roberto Grau, de que o serviço público constitui uma espécie do gênero "atividade econômica", procura-se identificar se a disciplina legal dos serviços públicos, no novo modelo de Estado que exsurge das aludidas mudanças estruturais, respeita as normas emanadas pela Constituição Federal.

Parece que o assunto, da forma como colocado, possui relevância na medida em que muitos administrativistas e, mesmo, constitucionalistas, têm se detido sobre o tema dos serviços públicos, não, porém, da perspectiva do Direito Constitucional Econômico, que pode trazer novas luzes ao debate.

Ademais, o tema é daqueles que se presta a fortes injunções ideológicas e, não raro, mesmo as posições pretensamente científicas revelam-se deformadas por preconceitos dos mais diversos matizes - tanto por parte daqueles que acusam os reformadores do Estado brasileiro de neoliberais e, portanto, adeptos do Estado mínimo, quanto, ao revés, por aqueles que aderem a todas as novidades, muitas meras cópias de práticas estrangeiras, sem maior



reflexão. Neste estudo, tenta-se fugir de qualquer um destes extremos, embora, como mais adiante será esclarecido, o ponto de partida adotado acabe conduzindo à rejeição de qualquer proposição que desconheça a necessidade de se implementarem da forma mais plena possível os direitos humanos a todos os cidadãos brasileiros.

Destarte, o trabalho, desenvolvido a partir da consulta a diversas obras, em sua maioria jurídicas - de Direito Constitucional, Econômico e Administrativo -, mas algumas, também, de economistas, sem olvidar a profícua obra do filósofo Julien Freund, segue estruturado em duas partes principais.

Na primeira parte, sob o título "Considerações Gerais", perpassa-se o exame, a partir de vários pontos de vista - filosófico, econômico, histórico e jurídico -, da problemática referente à investigação do papel do Estado perante a Economia, com vistas a situar o caso brasileiro num contexto maior, evidenciando que o ocorrido por aqui guarda relação com um processo histórico, mais ou menos simultâneo em todo o mundo ocidental.

Para tanto, considera-se essencial discorrer, "ab initio", ainda que brevemente, sobre as várias dimensões da natureza humana, postura filosófica que já indica, de saída, o quanto se consideram equivocadas todas as posições que reduzem o ser humano a um ou outro aspecto de sua permanentemente complexa natureza.

Em seguida, porém, chama-se a atenção para a questão da imprescindibilidade do desenvolvimento de atividades econômicas, sob a consideração de que, sem elas, o ser humano não sobrevive. No entanto, isso não implica dizer que a dimensão econômica possa ser compreendida sem uma referibilidade a outras que se integram à natureza humana, a estas sobrepondo-se. Pelo contrário, e aí o grande desafio da tarefa, há que se levar em conta que economia, política e ética (sendo o direito decorrente destas duas últimas) estão em constante interação, influenciando-se mutuamente. Sem a compreensão dessa dinâmica, corre-se o risco de adotar uma visão excessivamente simplificada dos fenômenos, especialmente os econômicos e políticos, o que toldará o correto diagnóstico dos próprios problemas, cuja solução se esteja buscando.

No terceiro capítulo, mais longo, mas entendido fundamental para uma visão de como tem evoluído a concepção relativa ao papel do Estado perante a Economia, em parte, faz-se

um apanhado histórico dos últimos três séculos vividos pela humanidade, em parte, vão-se fazendo algumas considerações de ordem propriamente econômica, buscando evidenciar que a realidade fática desmentiu algumas das premissas adotadas no alvorecer do liberalismo econômico e que, hoje, independentemente da ideologia adotada, todos os Estados-Nações possuem uma deliberada atuação perante a Economia, embora variem as formas e a extensão em que isso se dá.

Por fim, faz-se um estudo um pouco mais detido sobre a expressão "economia de mercado" e investiga-se sua aplicabilidade em relação ao Estado contemporâneo.

Já a segunda parte do trabalho destina-se a, à luz de todas as noções desenvolvidas na primeira parte, examinar o caso brasileiro, a partir da análise de nossa Constituição Federal.

No primeiro capítulo desta parte, investiga-se a relação do Estado perante a Economia de acordo com a Constituição Federal de 1988, em suas linhas básicas, analisando as diversas funções que o Estado pode assumir no ordenamento jurídico brasileiro, numa tentativa de sistematizá-las.

A seguir, adentra-se no exame mais especificamente dos dispositivos constitucionais referentes aos serviços públicos, bem como confere-se o tratamento dado à matéria por alguns dispositivos legais, verificando sua adequação constitucional.

Primeiro, faz-se necessário traçar algumas distinções entre noções muitas vezes confundidas com a de serviço público propriamente dito, evitando-se incorrer no equívoco da doutrina francesa que, ao adotar uma noção excessivamente ampla de serviço público, acabou por torná-la inapta ao estudo de fenômenos que, embora semelhantes, não são idênticos entre si. Assim, as distinções em relação às funções públicas, aos chamados serviços públicos virtuais ou impróprios e às atividades econômicas em sentido estrito.

Em seguida, forçoso é dar-se conta de que, no mundo contemporâneo, está-se frente a um novo serviço público, em razão do novo Estado que se delineou, menor, posto mais assumidamente subsidiário em relação à iniciativa privada.

E, sendo assim, impõe-se perquirir acerca de como se dá a remuneração do novo serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, se por impostos, taxas ou preços públicos (tarifas), perpassando-se, em especial, a jurisprudência da mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal, a respeito.

Por fim, enfrenta-se a questão da suspensão da prestação de um serviço público face à inadimplência do usuário perante o concessionário ou permissionário do serviço, tal como admitida pela Lei n. 8.987/95, em seu art. 6º, § 3º, II, tema acerca do qual grassam grandes divergências doutrinárias no Brasil, tendo a jurisprudência, atualmente, pacificado um entendimento de aplicação quase literal do dispositivo antes mencionado. Entende-se que todas as considerações desenvolvidas ao longo do trabalho até esse ponto podem contribuir de modo efetivo para a melhor compreensão do problema e sua mais adequada solução.

Enfim, espera-se que o presente estudo contribua para esclarecer algumas noções que, hoje, parecem mal tratadas nas obras, quer de juristas, quer de economistas, quando se dedicam a examinar a problemática da inter-relação entre Estado e Economia.

E imagina-se que essa contribuição possa advir, em primeiro lugar, do fato de que se assume como marco teórico fundamental a obra de Julien Freund, vendo o ser humano, não apenas como um indivíduo, mas, também e ao mesmo tempo, como um ser social. Em especial, para o presente estudo, interessou destacarem-se as suas dimensões econômica, mas, igualmente, a política e a ética, decorrendo destas duas últimas, o direito. E, ao adotar-se esse ponto de partida diferente de qualquer outro das diversas obras consultadas, tem-se, de consequência, uma perspectiva diferente da até aqui desenvolvida pelos mais diversos estudiosos.

Isso se reflete numa concepção um tanto distinta da relação entre o Estado e a Economia, de modo que se deixa de falar genericamente em intervenção do Estado na Economia, expressão que passa a ser reservada apenas às hipóteses em que o Estado age como empresário, preferindo-se, como mais adequada, a expressão atuação do Estado perante a Economia em todas as demais hipóteses.

Por outro lado, espera-se que o presente trabalho contribua, também, para um melhor discernimento da figura dos serviços públicos, que a doutrina brasileira, muitas vezes, inspirando-

se na francesa, a qual, como já dito, é excessivamente ampliativa, tem dificuldades para fazer. A confusão entre as funções públicas propriamente ditas, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito, leva a uma grande dificuldade de interpretação da própria Constituição Federal, o que se pretende superar neste estudo.

Por fim, também se almeja estar fazendo uma outra contribuição doutrinária no enfrentamento da questão da suspensão de prestação de serviços públicos em razão da inadimplência dos usuários, refugindo-se quer de argumentações, relativamente emocionais, fundadas apenas na essencialidade dos serviços públicos, em si, quer de argumentações exclusivamente economicistas, que levam em conta apenas o direito do delegatário de serviço público a uma justa contraprestação.

Uma última palavra merece ser dita sobre a sistemática adotada de se fazer, por vezes, extensas remissões às obras que serviram de base para o trabalho em tela: foi ela adotada deliberadamente, primeiro, porque, em assuntos que se prestam a muitas divergências, parece importante a indicação da fonte utilizada para o desenvolvimento de cada ponto; segundo, porque, frequentemente, os textos originais são tão plenos de significados, alguns que até escapam aos objetivos centrais deste trabalho, mas que ajudam a melhor compreendê-los, que também por essa razão parece conveniente manter íntegros os pensamentos originais. Daí que a leitura das notas de rodapé complementa de forma especialmente importante o quanto se desenvolve ao longo do texto.

## PARTE I - CONSIDERAÇÕES GERAIS

### 1. A complexa natureza humana

O objeto do presente trabalho consiste em analisar as grandes transformações pelas quais passou, nos últimos anos, o Estado brasileiro em relação à atividade econômica. Constatadas essas transformações, que são examinadas mais profundamente em relação à prestação dos serviços públicos, pretende-se avaliar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial, com a Constituição Federal de 1988.

Ora, considerando que, tanto a Economia, quanto o Direito e o próprio Estado, só existem porque o ser humano vive em sociedade, recomendável que, desde logo, seja explicitada a *concepção de ser humano*, subjacente a este estudo.

Se, por um lado, é bem verdade que cada ser humano é um indivíduo, com características próprias, que o distinguem de todos os demais, ao mesmo tempo é um ser social, que vive em constante interação com todos os demais que o cercam<sup>1</sup>. Como bem o demonstra Axel Honneth<sup>2</sup>, a própria formação da identidade de cada indivíduo é fundamente condicionada pelas experiências sociais vivenciadas, a partir das quais cada ser humano pode aprender a ter autoconfiança, auto-respeito e auto-estima.

Portanto, a natureza humana é, em última análise, complexa, a um só tempo individual e social. E como inerentes à complexidade, à dúplici natureza desse ser, podem-se identificar algumas orientações e atividades vitais ou categóricas, sem as quais o ser humano não será mais ele mesmo. Essas orientações e atividades vitais ou categóricas concernentes à própria

---

<sup>1</sup> SOUZA JÚNIOR, César Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: [s.c.p.], 2002, p. 23. Também BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003, p. 179: "A pessoa humana é, assim, um ser irredutível na sua singularidade e individualidade, ao mesmo tempo em que é essencialmente relacional ou social".

<sup>2</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

existência humana foram designadas por Julien Freund como "essências" e enumeradas como sendo seis: a política, a economia, a religião, a moral, a ciência e a arte<sup>3</sup>.

Cezar Saldanha, referindo-se a L. Cabral de Moncada, afirma que "essas áreas da atividade humana, com suas especificidades e autonomias legítimas, podem ser denominadas 'dimensões do humano' <sup>4</sup>".

Aceitando-se as enumeradas dimensões, ou essências, como prefere Freund, verifica-se que elas, efetivamente, dão conta de espelhar os vários âmbitos em que se manifesta a, como já afirmada, complexa natureza humana: o ser humano é político porque, vivendo em sociedade, precisa desempenhar uma atividade no sentido de definir quem decide o que é melhor, em cada caso, para o grupo; é econômico porque, como indivíduo, mas também por viver em sociedade, precisa estabelecer formas de aproveitar os escassos recursos naturais e depois reparti-los entre o grupo; é moral porque, para uma vida realmente plena, carece da fixação de valores que determinarão os fins que se proponha alcançar; é científico porque busca maior conhecimento e em maior profundidade, geração após geração; é religioso porque necessita, como indivíduo que se percebe frágil e limitado, encontrar um sentido transcendente para a sua própria existência; e, por fim, é estético na medida em que necessita satisfazer aspirações a uma vida mais aprazível.

Ora, qualquer tentativa de simplificar o humano, reduzindo-o a qualquer dessas dimensões ou essências, ou, mesmo, condicionando as demais a uma só delas, indubitavelmente, leva a um totalitarismo - que pode ser fundamentalismo religioso, ou totalitarismo econômico, etc<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> FREUND, Julien. *L'essence du politique*. Paris: Sirey, 1965. Consta, nessa obra, a p. 5: "Au deuxième sens, l'essence a un caractère ontologique. Elle définit alors une des orientations et activités vitales ou catégoriques de l'existence humaine, sans lesquelles l'être humain ne serait plus lui-même. Toute essence en ce sens a pour fondement une donnée de la nature humaine; par exemple il y a une politique parce que l'homme est immédiatement un être social, vit dans une collectivité qui constitue pour une grande part la raison de son destin. La société est donc la donnée du politique, comme le besoin est la donnée de l'économie ou la connaissance celle de la science. Dans ce cas il ne s'agit plus seulement d'analyser l'essence du politique et nous dirons même que la politique est une essence. Nous croyons qu'il y a six essences de cette sorte: la politique, l'économie, la religion, la morale, la science et l'art..."

<sup>4</sup> SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Op.cit.* 2002, p. 24.

<sup>5</sup> Ainda, em nota de rodapé, Cezar Saldanha Souza Júnior (*Op.cit.* 2002, p.24) assegura que "a enumeração é universal e não tem propriamente autoria. A inspiração deste trabalho veio de FREUND, Julien. *Op.cit.* 1965, p. 5. Nosso Sílvio Romero, no *Ensaio de Filosofia do Direito*, cuja segunda edição é de 1907, na Parte I, VIII, constrói uma interessante 'Teoria das Criações Fundamentais e Irredutíveis da Humanidade', da qual reivindica a paternidade... A única diferença relativamente ao que se sustenta aqui diz respeito ao direito: Romero considera uma dimensão autônoma (totalizando, assim, sete dimensões); Freund expressamente defende ser este último uma dimensão resultante das relações entre o ético e o político."

Por outro lado, o desequilíbrio em qualquer dessas dimensões ou essências impede o desenvolvimento efetivamente pleno do ser humano. Muito embora partindo de um outro ponto de análise, o já citado Axel Honneth, p.ex., demonstra que um ser humano que não tenha reconhecidos seus direitos (que incluem os direitos à participação política) carecerá de auto-respeito; já aquele que não for reconhecido por sua contribuição coletiva para a realização das finalidades sociais (o que inclui a efetiva atuação política) carecerá de auto-estima; em qualquer caso, não será alguém no desenvolvimento de toda a potencialidade humana<sup>6</sup>.

Compreendidas essas noções básicas, especialmente a *multi-dimensionalidade humana*, pode-se avançar no sentido de tentar compreender como o desenvolvimento de atividades econômicas, em geral, é influenciado pelo Direito e este, por sua vez, é influenciado pelas condições econômicas vigentes no ambiente social do qual decorre.

## 2. Investigações sobre a relação entre Economia e Direito

Em que pese o reconhecimento de todas as dimensões ou essências do humano, não há dúvida de que a dimensão econômica é essencial à própria sobrevivência de qualquer ser humano, considerado individualmente ou em sociedade. Nenhum de nós sobreviveria sem alguma atividade econômica (a ser desempenhada por nós mesmos, ou então por alguém em nosso favor). Não se quer, com tais afirmações, levar a crer que a econômica seja uma dimensão mais importante, ou preponderantemente condicionante às demais. Apenas se quer

---

<sup>6</sup> HONNETH, Axel. *Op.cit.* 2003, p. 216-8: "... Por isso, a particularidade nas formas de desrespeito, como as existentes na privação de direitos ou na exclusão social, não representa somente a limitação violenta da autonomia pessoal, mas também sua associação com o sentimento de não possuir o 'status' de um parceiro de interação com igual valor, moralmente em pé de igualdade; para o indivíduo, a denegação de pretensões jurídicas socialmente vigentes significa ser lesado na expectativa intersubjetiva de ser reconhecido como sujeito capaz de formar juízo moral; nesse sentido, de maneira típica, vai de par com a experiência da privação de direitos uma perda de auto-respeito, ou seja, uma perda da capacidade de se referir a si mesmo como parceiro em pé de igualdade na interação com todos os próximos... A 'honra', a 'dignidade' ou, falando em termos modernos, o 'status' de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia social de valores se constitui de modo que ela degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades... por isso, para o indivíduo, vai de par com a experiência de uma tal desvalorização social, de maneira típica, uma perda de auto-estima pessoal, ou seja, uma perda de possibilidade de se entender a si próprio como um ser estimado por suas propriedades e capacidades características..."

pôr em relevo o seu caráter realmente vital, destacando, por consequência, a importância de uma análise como a que ora se intenta fazer<sup>7</sup>.

Para a compreensão do que significa desenvolver atividade econômica, é preciso levar em conta duas noções elementares em economia: primeiro, a de que os recursos naturais são escassos; segundo, a de que as necessidades humanas são ilimitadas. Por tal razão, o desempenho de atividade econômica consiste em, precisamente, aproveitar os recursos naturais para atender, na medida do possível, as necessidades humanas<sup>8</sup>.

Entretanto, vale ressaltar - e isso, infelizmente, não é bem apreendido por muitos estudiosos - que qualquer atividade econômica desempenhada no seio de uma dada sociedade estará condicionada pelo ordenamento jurídico dessa mesma sociedade. Com efeito, a noção de propriedade numa determinada sociedade, que é dada pelo Direito nela vigente, p.ex., por si, já poderá dar um indicativo do funcionamento da economia no âmbito considerado — certamente, um grupamento humano que não conheça ou valorize a propriedade privada de bens materiais da mesma forma como se faz no mundo ocidental contemporâneo não estará apta a desenvolver as intrincadas operações comerciais da atualidade<sup>9</sup>.

Por outro lado, deve-se reconhecer que alterações de condições do desenvolvimento econômico também, por sua vez, acabam condicionando o Direito produzido por determinada sociedade - recorde-se, apenas para citar um exemplo, as alterações sociais e jurídicas que decorreram da Revolução Industrial, que nada mais foi, no princípio, que a decorrência de

---

<sup>7</sup> Raymond Barre lembra-nos que mesmo Robinson Crusoe, isolado numa ilha deserta, desenvolvia uma atividade econômica ("A luta contra a escassez é significativa da atividade econômica do homem, seja porque, como Robinson Crusoe, ele vive numa ilha deserta onde deve efetuar escolhas, seja porque ele faz parte de uma coletividade onde cada membro é especializado, isto é, concentra seus esforços numa única atividade em benefício de todos os outros, estando os recursos globais, por meio da troca, repartidos entre todos..." BARRE, Raymond. *Economia política*. Rio de Janeiro/São Paulo: DIFEL, [s.d.], v. 1, p. 11). Como se vê, o ser humano, como no caso do náufrago perdido na ilha, até pode sobreviver independentemente de qualquer atividade política, mas não sobreviverá sem uma atividade econômica.

<sup>8</sup> "... A atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez. E a Economia, o estudo científico dessa atividade e, portanto, das relações e dos fenômenos dela decorrentes que se estabelecem em sociedade." (NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 28)

<sup>9</sup> "Economía de mercado presupone una economía basada en el mercado al que se confía el desenvolvimiento del proceso productivo y económico. Efectivamente, esta es la forma histórica moderna de organización económica de los países occidentales, el mercado, pese a tratarse de una técnica, deducida de leyes empíricas y, por lo tanto, apolítica y sin referencia a valores morales, su funcionamiento ha exigido una determinada estructuración política, social y jurídica..." (BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1988, p. 140).



evolução científico-tecnológica que acarretou profundas alterações nas atividades econômicas desenvolvidas por todos os países à medida em que se iam industrializando.

Portanto, pode-se concluir que há uma profunda e constante interpenetração entre a Economia e o Direito, sendo difícil, na maioria dos casos, detectar quem primeiro começou a condicionar quem<sup>10</sup>.

De mais a mais, também é interessante recordar-se de que a grande maioria das normas jurídicas, na realidade, possui um conteúdo eminentemente econômico, o que, inclusive, acarreta certa dificuldade para se precisarem os limites do chamado Direito Econômico<sup>11</sup>.

Essa preocupação em compreender a inter-relação entre a Economia e o Direito vem sendo enfrentada há pelo menos uns duzentos anos por vários filósofos e juristas, os quais abordaram o assunto a partir de perspectivas diferentes. Podem-se, nesse sentido, citar exemplificativamente Jeremy Bentham, Adam Smith, Karl Marx, Rudolph Stammler, Max Weber e Ludwig von Raiser<sup>12</sup>. Mais recentemente, voltado especificamente para o aspecto da atuação do Estado perante a Economia, interessante é o trabalho de Gaspar Ariño Ortiz,

---

<sup>10</sup> "Por outro lado, a etimologia: 'oikos + nomos' põe em realce um dado essencial da atividade econômica, nem sempre devidamente lembrado ou trabalhado. É o da íntima relação entre Direito e Economia. Mais do que íntima relação, trata-se, na verdade, de uma profunda imbricação, pois os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normalização - 'nomos' - a presidir a atividade desenvolvida na 'oikos' ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o 'nomos' nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito... Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.* 2000, p. 29-30).

<sup>11</sup> "... De maneira ampla, toda a legislação de conteúdo econômico - e ela representa sempre algo superior a 95% do ordenamento jurídico de qualquer país ocidental — está imbuída de algum sentido de política econômica, por estimular ou condicionar comportamentos tidos como mais favoráveis à colimação de determinados objetivos, ainda quando vagamente intuídos. Isto é patente na legislação comercial e tributária, entre outras. E as medidas de política econômica, de alguma forma, redundam sempre na alteração do quadro jurídico dentro do qual se desenvolve a atividade econômica..." (Idem, p. 87-8).

<sup>12</sup> "A escola chamada Análise Econômica do Direito nasceu em Chicago, nos Estados Unidos da América, e possui suas raízes teóricas mais próximas e reconhecidas em trabalhos de acadêmicos como Ronald Coase, Gary Becker, Guido Calabresi e Richard Posner, publicados na década de 1960 e 1970, ainda que a conexão entre os campos do Direito e da Economia já tenha sido objeto de estudos durante quase duzentos anos. A título exemplificativo, pode-se mencionar que filósofos como Jeremy Bentham, Adam Smith e Karl Marx, em diversos graus, debruçaram-se sobre as relações entre Direito e Economia." (RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um mundo feito: o conseqüencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2006, p. 9).

merecendo menção, ainda, até mesmo a Igreja Católica, com a Encíclica "Centesimus Annus"<sup>13</sup>.

Recentemente, ainda, ocuparam-se desse assunto também os economistas, produzindo obras que revelam contribuições que estão a merecer uma análise mais detida por parte de filósofos e juristas<sup>14</sup>. A par das tentativas feitas pela Escola Institucionalista, que acabaram não tendo maior acolhida entre os próprios economistas<sup>15</sup>, deve-se destacar que, nos últimos 50 anos, vários estudos foram publicados relativamente a assim chamada "economia do direito"<sup>16</sup>, dentre as quais pode ser destacado o de Ronald Coase ("The problem of social costs", 1960)<sup>17</sup>. Igualmente dignos de nota são os trabalhos de Gary Becker ("The economics of discrimination", 1957, e "The economic approach to human behaviour", 1976), bem como os desenvolvidos pela Escola da "Public Choice", aquele por admitir a aplicação dos raciocínios econômicos a uma série de problemas que transcendem o mercado<sup>18</sup>, esta última

---

<sup>13</sup> Confira-se, ainda, o interessante apanhado feito por FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 242 e segs., onde, ainda que resumidamente, procura apresentar o pensamento de Marx, Stammler, Max Weber, Ludwig von Raiser, João Paulo II e Gaspar Ariño Ortiz.

<sup>14</sup> "O casamento da economia com o direito não é novo. Aplicações 'econômicas' ao campo do direito podem ser encontradas no utilitarismo de Beccaria-Bonesara (1764) e Jeremy Bentham (1789); na economia política de Adam Smith (1776) e Karl Marx (1861); e na Escola Institucionalista norte-americana, principalmente no trabalho de John R. Commons (1929)..." (VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 25).

<sup>15</sup> "... muitos economistas norte-americanos associavam o estudo do direito e das organizações aos institucionalistas, como John R. Commons, cujo trabalho era visto como legalístico e carente de rigor... O professor Mark Blaug sugere que, em essência, o institucionalismo representava uma insatisfação para com o alto nível de abstração da economia neoclássica. Os institucionalistas defendiam a integração da economia com as outras ciências sociais, e eram a favor de mais estudos empíricos. O institucionalismo não sobreviveu, sendo visto por muitos apenas como um conjunto útil de críticas à economia convencional..." (Idem, p. 26-7).

<sup>16</sup> "A economia do direito pode ser definida de forma simples como a aplicação da teoria econômica (principalmente a teoria dos preços) e dos métodos estatísticos ao estudo da formação, estrutura, processos e impacto da lei e das instituições jurídicas... A economia do direito não se limita a assuntos que afetam diretamente os mercados ou a atividade econômica. Vai além, a ponto de chegar ao estudo das instituições legais fundamentais..." (Idem, p. 21).

<sup>17</sup> "De acordo com Coase, uma política econômica deveria ser concebida apenas após detalhado exame de cada caso e na base da comparação dos custos e benefícios totais das propostas alternativas. Tanto as soluções de mercado como as outras, que escapam a ele, têm custos que deveriam ser comparados antes de que qualquer opção entre as alternativas fosse feita..." (Idem, p. 31). Cfr., também, o trabalho de RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Op.cit.* 2006, p. 45 e segs.

<sup>18</sup> "Em 1957, foi publicada a tese de doutorado de Gary Becker sobre a discriminação sexual e racial no mercado de trabalho, um assunto até então limitado a outras ciências sociais. Esse trabalho abriu o caminho para a aplicação da economia a uma série de problemas que transcendem o mercado: crimes, política, educação, família, saúde e caridade. Becker não teve acanhamento ao aplicar a hipótese da 'maximização' a todos os tipos de escolhas individuais, estivessem elas no mercado ou não. A economia, como ciência, passou a equivaler ao estudo da opção - um problema comum a todas as atividades humanas. Becker mostrou que o comportamento extramercado podia ser rigorosamente formulado, tornando aceitável entre os economistas o estudo de problemas que normalmente eram considerados objeto de outras ciências sociais." (VELJANOVSKI, Cento. *Op.cit.* 1994, p. 32-3).

por analisar a atuação de políticos e burocratas também a partir do modelo do *homem econômico* e seu comportamento maximizador de benefícios a partir do próprio auto-interesse<sup>19</sup>.

Todas essas obras, afinal, acabaram conduzindo à instituição do que, hoje, é considerada a mais influente escola americana de teorização jurídica: a "Análise Econômica do Direito", ou, na simplificação inglesa, "law and economics", cujo fundador e principal representante é Richard A. Posner<sup>20</sup>.

Não se insere, no entanto, no escopo do presente trabalho aprofundar o exame dos trabalhos de todos esses pensadores<sup>21</sup>, tendo-se, ao revés, optado simplesmente por partir da concepção das dimensões ou essências do humano, a partir da obra de Julien Freund.

E se Julien Freund está correto em seu entendimento de que o Direito não chega a ser uma essência ou dimensão última do humano (pelo menos tal como as seis que enumera), sendo, isto sim, uma dimensão resultante das relações entre o ético e o político, como antes se viu, pode-se perquirir, então, das relações, em última análise, entre a Economia e a Política<sup>22</sup> e

---

<sup>19</sup> "Foi a Escola da Escolha Pública ('Public Choice') que submeteu o comportamento governamental ao mesmo tipo de exame a que era submetido o mercado. Começando com os trabalhos de Downs ('An economic theory of democracy') e de Buchanan & Tullock ('The calculus of consent'), os economistas passaram a explicar o comportamento dos políticos e burocratas fundamentados na hipótese de que ambos os grupos atuam motivados pelos interesses pessoais de seus integrantes. A economia da política procura desenvolver uma visão do comportamento social que não difere fundamentalmente da visão que se tem da ação individual no mercado" (VELJANOVSKI, Cento. *Op.cit.* 1994, p. 32).

<sup>20</sup> RIEFFEL, Luiz Reimer R. *Op.cit.* p. 2-3. "Os anos 70 podem ser descritos como a década do crescimento do movimento da economia do direito. Progressivamente os acadêmicos norte-americanos começaram a usar a economia para dar sentido racional às leis e avaliá-las, sendo que no fim da década já se tornava respeitável a abordagem econômica do direito entre as pessoas dedicadas ao estudo das leis. Quanto à regulamentação, um número crescente de estudos desafiava a sua eficácia. Se alguém tivesse de ser escolhido para representar o período, seria o professor (hoje juiz) Richard Posner, da escola de direito da Universidade de Chicago... Posner demonstrou que os conceitos simples da economia podem ser usados para analisar todas as áreas do direito — contratos, propriedade, penal, de família, comercial, constitucional, administrativo e processual..." (VELJANOVSKI, Cento. *Op.cit.* p. 34).

<sup>21</sup> Mais adiante, contudo, será necessário voltar-se a algumas idéias desenvolvidas por economistas, especialmente os da "Public Choice", por sua importância para a compreensão do contexto em que têm se verificado as alterações jurídicas recentes do ordenamento pátrio.

<sup>22</sup> "A economia e a política interagem de muitas formas no que se refere à alocação de recursos, à distribuição da renda e à estabilização. Nem a economia nem a política podem ser tomadas isoladamente. Os tomadores de decisões, ou 'atores', dependem uns dos outros; eles são partes endógenas do sistema político-econômico. As decisões tomadas pelos atores e, portanto, o desenvolvimento e o resultado do sistema como um todo, dependem das normas e instituições que constituem a estrutura básica. O comportamento da economia pode ser influenciado, por conseguinte, pela mudança das normas e instituições... A economia e a política constituem um sistema fechado com as duas partes ligadas através de mecanismos de realimentação: a ligação superior mostra a intervenção da política sobre a economia; a ligação inferior mostra a influência das condições econômicas sobre o setor público..." (FREY, Bruno S. *Política econômica democrática*. São Paulo: RT, 1987, v. 6, p. 16). Na mesma linha: "... como a economia funcionará de forma muito diferente, dependendo de ser democrático ou

entre a Economia e a Ética<sup>23</sup>.

No que tange ao relacionamento entre a Política e a Economia, a interação é mútua e permanente, pois sempre há uma ou mais escolhas políticas subjacentes a quais são as instituições em cujo quadro serão desempenhadas as atividades econômicas.

Tais instituições, inclusive, podem permanecer estáveis por longos anos, tornando menos visível o fenômeno — mas o fato é que a própria opção pela estabilidade de instituições também é uma opção política de dada sociedade.

Por outro lado, mudanças na conjuntura econômica - p.ex., o esgotamento de um recurso natural, que deixa de ser bem escasso para simplesmente inexistir - poderão implicar a tomada de novas posições políticas.

Veja-se, a propósito, que tanto a Economia, quanto a Política, giram em torno da possibilidade que o ser humano tem de fazer escolhas: no caso da primeira, escolhas sobre

---

autocrático o poder que o Estado tem de dar ordens, os sistemas econômicos não podem ser estudados sem referência ao sistema político. Inversamente, como o poder econômico pode ser usado para finalidades políticas, qualquer estudo de um sistema político que não considere o sistema econômico, será, na melhor das hipóteses, superficial..." (LANDAUER, Cari. *Sistemas econômicos contemporâneos: uma análise comparativa*. São Paulo: Zahar, 1966, v. 1, p. 27).

<sup>23</sup> "O sentido econômico predominante da sociedade atual, o pan-economismo, tende a fazer com que os progressos da tecnologia e da economia, bem como a sua aplicação à vida do dia-a-dia, atraíam desmesuradamente a atenção do homem do século XX. Este passa a encará-las apenas sob o aspecto da racionalidade científica e, na sua reação contra o antigo misticismo ou o ideologismo abstrato, acaba por cair no extremo oposto, chegando a um falso conceito de vida individual e social. No entanto, como acentuam inúmeros estudiosos e como sentem as sociedades, a vida vai além da economia e os fins meramente econômicos não são auto-evidentes. Devem ser escolhidos com critério, ponderação e, sobretudo, com a consideração dos seus respectivos custos sociais... A obsessão pelo econômico, o pan-economismo, segundo alguns autores, decorre daquilo que foi chamado por Jouvanel de 'A Crise da Racionalidade', ocorrida quando, quebrada a adesão aos valores tradicionais, as sociedades passam para o culto da racionalidade, apegando-se a fins aparentemente 'objetivos' e incontestes, como o desenvolvimento, o bem-estar, o consumo e outros da espécie, ainda que para tanto deva haver um sacrifício da liberdade. No entanto, como acentua Popper, a racionalidade na escolha de opções pela coletividade poderá consagrar valores outros que não os puramente econômicos de maneira mais eficaz do que quando o homem se achava preso a crenças diversas de origem mágico-religiosa, ainda quando não existisse senão um poder político suficientemente aparelhado para coagi-lo a segui-las. Se alguns objetivos que sucederam ao processo de crítica e repúdio de antigos valores — a chamada 'crise racionalista' — foram inadequadamente escolhidos ou mal definidos, o mesmo espírito racional que permitiu a contestação daqueles levará à crítica e à reformulação destes últimos, num processo de aperfeiçoamento contínuo, desde que assegurada a possibilidade da crítica social como componente permanente, característica das sociedades abertas. Claramente, a discussão tem o seu âmago em questões de alta indagação filosófica, fora do escopo do presente estudo. Foi, no entanto, trazida à baila pela sua utilidade em mostrar como posições diversas, enunciadas por estudiosos situados em campos diferentes, apontam para uma mesma realidade: o imprescindível contrabalanceamento dos fins da política econômica, que não podem autogerar-se da economia e para ela se autodirigirem independentemente de qualquer vinculação axiológica, inclusive no que tange aos meios necessários à sua consecução." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.* 2000, p. 179-80).

como direcionar os esforços no sentido de melhor aproveitar os recursos naturais; no caso da segunda, escolhas sobre como organizar as relações de poder entre os próprios homens.

Nem o aproveitamento dos recursos naturais pode se fazer sem levar em conta as relações de poder já existentes, nem a fixação dessas relações de poder pode ignorar a conjuntura econômica existente, ou seja, o que, como e para quem os seres humanos estão produzindo (aproveitando os recursos naturais) e garantindo sua própria sobrevivência.

Já quanto ao relacionamento entre a Economia e a Ética, embora consideravelmente desprezado na doutrina econômica contemporânea<sup>24</sup>, no fundo, permanece, como já o apercebia Aristóteles, como um elemento indispensável para resolver o drama (econômico) da escolha de quais os melhores meios para atender ao fim de satisfação das necessidades humanas<sup>25</sup>.

E, inclusive, tem ensejado relevantes reações por parte dos próprios economistas, preocupados com a ineficiência dos modelos econômicos tradicionais que não dão conta com verdadeira acuidade de explicar diversos fenômenos econômicos, visto que pautados basicamente por meras parametrizações matemáticas e partindo do pressuposto de que o homem age sempre em seu próprio auto-interesse, identificado como sendo o maior ganho econômico possível<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> "Examinando a literatura econômica moderna não é difícil notar a aversão às análises normativas profundas e o descaso pela influência de considerações éticas sobre a caracterização do comportamento humano real. Igual percepção tem Martínez, ao detectar a influência do behaviorismo no pensamento de economistas que excluem da análise do comportamento humano, para fins de elaboração de sua ciência, as considerações subjetivas, calcando aquela análise, apenas, na base das situações econômicas externas que se deparam aos homens e provocam a sua reação num ou noutro sentido" (PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 44).

<sup>25</sup> "A origem da Economia relacionada à ética vem, na tradição ocidental, desde Aristóteles, em seus 'Ética a Nicômaco' e 'A política'. Daí a percepção que a Economia, nesta abordagem aristotélica, se vê imiscuída de valores normativos. Apercebeu-se o estagirita que, sendo do econômico a preocupação com a satisfação das necessidades humanas, em face da relativa raridade dos bens disponíveis, colocando-se o drama das opções em quase todos os aspectos da vida do homem, não haveria como se pensá-lo desprovido de alguma subjetividade. Assim, nesta linhagem de evolução doutrinária, a Ciência Econômica seria a ciência das opções e das alternativas subordinadas à raridade dos bens, mas também se faria presente um sentido teleológico, ético, alargando o espectro de observação da Economia. Antepõe-se, aqui, a crítica de que, se assim for considerada tal ciência, seus contornos não ficariam bem definidos, pois dependeriam do conhecimento da finalidade da vida..." (Idem, p. 36-8).

<sup>26</sup> "Mas por que ser racional é unicamente empenhar-se exclusivamente pelo seu auto-interesse, excluindo todo o resto, como as ações não voltadas para esta maximização, reputadas, então, de modo inverso, de irracionais? O problema desta visão implica, 'inter alia', em uma decidida rejeição de concepções econômicas em que a motivação comportamental esteja relacionada à ética. Como assevera o mestre indiano (Amartya Sen), o egoísmo universal como uma 'realidade' pode muito bem ser falso, mas o egoísmo universal como requisito da

No fundo, são valores morais os que, muitas vezes, condicionam escolhas econômicas.

Como se pode ver, o ponto de vista defendido no presente trabalho discorda fundamentalmente de todos aqueles, marxistas ou não, que defendem ser a econômica a dimensão humana condicionante de todas as demais<sup>27</sup>. Como antes dito, é inegável a profunda imbricação entre as várias dimensões entre si. Também é inegável que sem o desempenho de alguma atividade econômica o ser humano sequer sobrevive<sup>28</sup>. No entanto, isso não quer dizer

---

racionalidade é patentemente um absurdo. A despeito disso, a hipótese de comportamento puramente auto-interessado permanece como a mais utilizada na Economia, fornecendo os alicerces do comportamento para a teoria econômica e a análise da política econômica tradicionais e servindo de base para boa parte do que é ensinado aos estudantes de Economia. Destarte, a ciência assim pensada, em razoável medida, está afastada da cambiante e multifacetária realidade da vida, mas tem se projetado nos esquemas simplificados dos sistemas econômicos e, de uma forma ainda mais incisiva, nos modernos modelos econômicos assentes em discutível seleção de variáveis e funções, sempre com a intenção de definir o funcionamento das sociedades do ponto de vista econômico. Pior, faz parte mesmo da forma como os problemas são usualmente enfrentados... " (PETTER, Lafayette Josué. *Op.cit.*, p. 34-5).

<sup>27</sup> "... desde que os seres humanos não são autótrofos, é lícito dizer que, onde quer que haja um agrupamento humano há um complexo de interesses. E é ao aspecto da realidade que por este se traduz que com Carnelutti chamaremos economia. Dado que o adjetivo 'econômico' é relativo ao substantivo 'economia', teríamos, num primeiro momento, o fato econômico como aquele que, de alguma maneira, viria a produzir efeitos no complexo de interesses humanos. Mas a conceituação há de ser mais precisa. Com efeito, o fato econômico é aquele hábil a repercutir no complexo dos interesses humanos. ('A sua manifestação pode ou não determinar conseqüências jurídicas e sociais'.) A partir desta consideração, faz-se necessário conceituar o fato social e o fato jurídico para verificarmos se seriam ou não subespécies do fato econômico (...) Daí se vê que nem todo fato econômico é um fato social: um fato natural pode ter conseqüências econômicas, i.e., pode refletir-se no complexo de interesses humanos, mas a pressão por ele exercida sobre o comportamento humano não é decorrente do modo de vida coletivo. Portanto, o fato social seria subespécie do fato econômico, se toma a palavra 'econômico' no sentido de relativo à economia" (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve introdução ao direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 19-20). E, em nota de rodapé, aduz este autor: "A conclusão diferente não conduzem as premissas de que se parte, dado que se tomou o conceito carneluttiano como ponto de partida, nada tendo que ver com o marxismo. Aliás, de se lembrar com Bobbio que não basta, para se merecer a pecha de marxista, sustentar a prevalência do econômico sobre os demais aspectos da cultura. (*Ensaio escolhidos*'. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: C.H.Cardim, [s/d])" (Idem, p. 20). Em outro texto, porém, o mesmo Ricardo Antônio Lucas Camargo anota, num sentido já próximo ao esposado no presente trabalho: "... O econômico não constitui a totalidade do homem, mas apenas um de seus aspectos. O Homem, ao contrário, é que deve ser considerado uma totalidade, integrando um gênero que transcende sua ligação a algum Estado ou o 'status' social que ostente, embora surjam situações em que tal vinculação a algum Estado ou o 'status' social devem ser considerados, sob pena de se conduzir à sua não-realização enquanto ser dotado de humanidade - isto é, enquanto dotado de atributos que o definem como um indivíduo humano, a ser respeitado enquanto tal - e integrante da própria Humanidade — isto é, enquanto dotado de características comuns a todo o gênero humano." (*in Direito econômico, direito internacional e direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 14-5). E, também nesta última obra: "... quando se fala em afirmar a dignidade humana, não se há de confundir com a mera localização do ser humano como fornecedor ou consumidor, capitalista ou trabalhador, empregado ou desempregado. E, não obstante, correspondendo tais posições aos papéis desempenhados por cada ser humano em um dos aspectos da vida social - o voltado à busca dos meios para a satisfação das próprias necessidades, isto é, o econômico —, não se pode falar em uma efetiva proteção dos Direitos Humanos que os negligencie. E não pode justamente em virtude do fato de cada ser humano constituir uma totalidade, merecendo cada uma de suas partes ou desdobramentos tratamento a elas adequado, sem se descurar de sua inserção no todo. Afinal, 'quem no Todo se embrenha, deixa de ser fanático e supersticioso...' (Idem, p. 175-6). Por fim, em conclusão final: "... Não há como negar: a grande contribuição a ser dada pela doutrina, com toda a certeza, é a consideração do econômico não como totalidade, mas como um dos aspectos da totalidade, que é o ser humano" (Idem, p. 192).

<sup>28</sup> Vide a nota 7.

que todos os problemas humanos sejam, sempre, decididos a partir de considerações econômicas. Com efeito, por vezes, decisões irracionais, do ponto de vista econômico, prevalecem sobre este.

Assim como não há que se confundir Política com Economia, não há que se confundir qualquer destas com a Ética. Cada uma dessas dimensões tem sua própria especificidade, sendo que alterações numa delas podem provocar alterações nas demais. Não há, pois, como sustentar a absoluta prevalência de qualquer uma sobre as demais.

Por outro lado, menos razão ainda há de se dar, de acordo com o exposto no presente trabalho, àqueles que afirmam uma total separação entre as dimensões econômica e política<sup>29</sup>, ou entre estas e a ética. Embora o objeto de estudo da ciência econômica não se confunda com o da ciência política, p.ex., isso não quer dizer que, no plano fático, não estejam ocorrendo constantes, permanentes interações entre as dimensões política, econômica e ética.

---

<sup>29</sup> "... Chamamos 'ordem econômica' a distribuição do efetivo poder de disposição sobre bens e serviços econômicos, que resulta 'consensualmente' do modo de equilíbrio de interesses e da maneira como ambos, de acordo com o sentido visado, são de fato empregados, em virtude daquele poder de disposição efetivo baseado no consenso. É evidente que os dois modos de consideração se propõem problemas totalmente heterogêneos, que seus 'objetos' não podem entrar imediatamente em contato, e que a 'ordem jurídica' ideal da teoria do direito não tem diretamente nada a ver com o cosmos das ações econômicas efetivas, uma vez que ambos se encontram em planos diferentes: a primeira, no plano ideal de vigência pretendida; o segundo, no dos acontecimentos reais. Quando, apesar disso, a ordem econômica e a jurídica estão numa relação bastante íntima, é porque esta última é entendida não em seu sentido jurídico mas no sociológico: como vigência 'empírica'. O sentido da palavra 'ordem jurídica' muda então completamente. Não significa um cosmos de normas interpretáveis logicamente como 'corretas', mas um complexo de motivos efetivos que determinam as ações humanas reais..." (WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 209-10). Embora não se possa divergir da conclusão adotada pelo renomado sociólogo, a maneira como redigiu o texto acima transcrito pode deixar, no leitor mais desavisado, a impressão de que a economia e o direito são realidades estanques ou incomunicáveis: na verdade, como antes dito, a interação é constante, embora efetivamente se verifique no mundo dos fatos, o qual não pode ser desprezado nem pelo cientista econômico e nem pelo jurista. De mais a mais, se o direito é uma resultante da conjunção entre a política e a ética, como afirma Freund, há que se levar em conta que cada norma jurídica não passa de uma escolha política, pautada pelos valores prevaletentes que determinaram dita escolha, e sempre a partir dos fatos entendidos passíveis de juridicização. Ou seja, considerando a grande gama de fatos de cunho econômico que permeiam a vida humana, é evidente que as normas jurídicas partem de sua consideração e, por vezes, se voltam a condicioná-los, dando-lhes uma nova conformação. Em outras palavras, também sob este ponto de vista, fica evidenciada a grande inter-relação entre o direito (já em sua própria formação) e a economia.

### 3. Notas sobre a evolução da concepção do Estado em relação à Economia

A partir de meados do século XVII e durante todo o século XVIII, algumas idéias filosóficas, conjugadas a determinadas descobertas científicas e avanços tecnológicos, causaram profundas transformações nos modos de vida do ser humano na civilização ocidental.

De um lado, começou a nascer o liberalismo, a princípio apenas tênues correntes de pensamento que não só enalteciam o ideal de liberdade, como se ocupavam de defini-la e encontrar meios de sua aplicação na organização social, tudo em contraposição ao que os franceses muito acertadamente chamaram de "Ancien Régime", que se caracterizou pelo absolutismo monárquico, ainda tido como de origem divina, com forte influência do clero, pelos privilégios nobiliárquicos, de origem feudal, pela submissão da atividade econômica ao monarca ou à nobreza, ensejando o mercantilismo<sup>30</sup>.

Passando o ser humano a ocupar o papel de indivíduo apto a construir sua própria felicidade na terra, livre das imposições, quer do Estado, da Igreja ou de organizações diversas a que estivesse atado, passou a ter destaque não só a liberdade, em si mesma, mas também o seu corolário lógico, o racionalismo, identificado com uma visão científica do mundo, isto é, afastada de qualquer explicação dos fenômenos que circundam o homem seja pela magia, pela religião, ou pela tradição. Ao revés, as opções racionais são aquelas que partem de uma observação metódica e objetiva dos fatos, quer da vida natural, quer da vida

---

<sup>30</sup> DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 27 e segs.; NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 123. "O mercantilismo se revela por princípios básicos, quais sejam a vontade de fortalecimento do poder através da busca da riqueza (centralizada no ouro e na prata), o protecionismo pela implantação de fortes barreiras aduaneiras, o favorecimento da exportação e o correspondente desfavorecimento da importação, com a finalidade de estabelecer uma balança comercial favorável. O mercantilismo utilizou de forma agressiva a xenofobia, incentivando assim as rivalidades internacionais. Procurou afastar os mercados estrangeiros e, ao mesmo tempo, como forma de fortalecer o próprio comércio, vinculou os próprios mercados através de concessões de licenças para o exercício da atividade. O fortalecimento econômico do Estado, propiciado pelo mercantilismo, trouxe-lhe o 'poder absoluto', decorrente da centralização total dos poderes nas mãos dos soberanos. David Hume, em seus 'Ensaio econômico', procura refutar o mercantilismo, mostrando a importância do comércio exterior como estimulante da economia e fonte do progresso manufatureiro. É o primeiro a expor a teoria do 'equilíbrio automático das trocas'. É o precursor de Adam Smith, seu amigo e a quem influenciou grandemente." (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op.cit.*, p. 254).



social<sup>31</sup>.

Paralelamente às idéias que fervilhavam no continente europeu, tais como a da separação dos poderes de Estado, de Montesquieu, ou à distinção dos tipos de liberdade, de Rousseau, na Inglaterra, desenvolvia-se a doutrina utilitarista de David Hume, James Mill e Jeremy Bentham, entre outros. Por essa doutrina, os atos humanos não devem ser avaliados moralmente apenas a partir da intenção que os anima, mas também pelo resultado prático que acarretam<sup>32</sup>.

Deve-se, ainda, dar destaque às contribuições oriundas dos Estados Unidos, onde os seus líderes do fim do século XVIII buscaram empregar, como ninguém havia feito antes deles, o ideal de liberdade na construção de um novo país, por cuja independência lutaram. Em especial, tais idéias foram divulgadas a partir de *O Federalista*.

A essa convergência de diversas correntes do pensamento ocidental, devem ser somados alguns importantes acontecimentos ocorridos, casualmente juntos, no ano de 1776.

De um lado, foi nesse ano que se proclamou a independência das 13 colônias americanas.

De outro, nesse ano, Robert Fulton, nos Estados Unidos, aplicou o princípio da máquina a vapor aos teares, dando, assim, sem o saber, o início à Revolução Industrial.

Por fim, merece realce a publicação, em 1776, do livro de Adam Smith, responsável

---

<sup>31</sup> NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 124. Anota Lafayette Josué Petter: "Esta 'neutralidade ética' da Ciência Econômica, viabilizada pela visão do 'homem econômico', ganhou impulso em meados do século XVIII, quando os economistas se sentiram atraídos pela evolução observada em outras ciências como a Matemática, a Física e a Botânica. Atribuíram o relativo atraso na Economia à sua subordinação a razões políticas e religiosas. Sonharam, então, com uma ciência independente, neutral, como eram as ciências físicas. Fazer ciência, então, implicava a aplicação do método positivo, o único processo de que disporia a inteligência humana para a aquisição das verdades científicas. À Ciência Econômica, nesta linhagem doutrinária, deveria estar reservado o papel de fixar o encadeamento natural dos fenômenos econômicos, formulando juízos de existência e não juízos de valor, portanto, sem considerações e preocupações éticas. Para o aperfeiçoamento desta visão, fazia-se imperioso não imiscuir aspectos subjetivos do agir humano..." (*Op.cit.*, p. 31).

<sup>32</sup> "Em síntese extremamente apertada, o utilitarismo — ligado ao hedonismo — sustenta que os atos humanos não devem ser julgados e justificados moralmente apenas pelas suas intenções, mas também por seus resultados e conseqüências práticas, desde que não nocivos em si. Em outras palavras, certas tendências da natureza humana, como a ambição, o desejo de desfrutar os bens do mundo, a procura por ascensão social, devidamente canalizados poderiam levar a resultados úteis a todos. Acreditavam os utilitaristas - e Smith desenvolveu bastante este tema — na possibilidade de harmonia de interesses, desde que elaboradas as instituições próprias

pela demonstração de que o princípio da liberdade, sobre o qual, como visto, tanto já se refletira no plano político, também poderia ser a base da organização no plano econômico, demonstrando a viabilidade do sistema de mercado<sup>33</sup>. Por essa época é que surgiram as primeiras Constituições - a americana e a francesa - em seguida inspiradoras de todas as demais do mundo ocidental, chamadas de constituições clássicas, liberais ou constituições-garantia<sup>34</sup>.

Essas Constituições refletiam a crença, concebida a partir do cientificismo que tomou conta do mundo, de que, se havia uma *ordem natural* no mundo físico (Galileu, Kepler e Newton), também havia uma *ordem natural* na sociedade, bastando impedir que o Estado se intrometesse na vida privada (nas escolhas econômicas privadas) dos cidadãos para que tal ordem se implementasse por si.<sup>35</sup>

---

ao seu adequado equacionamento. " (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 125).

<sup>33</sup> Idem, p. 126-7.

<sup>34</sup> "O porquê desses epítetos é facilmente explicável. São clássicas pelo fato de terem corporificado e consolidado no mundo contemporâneo a idéia de constituição, projetando na vida das nações o modelo teórico do contrato social desenvolvido por Rousseau. São liberais não apenas por estarem inseridas e terem sido promulgadas na vagem de todo o movimento liberal, mas, muito mais do que isso, por terem representado o instrumento por excelência para a sua efetiva concretização. Finalmente, são constituições garantia, na feliz expressão do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, porque destinadas a garantir os direitos e prerrogativas dos cidadãos frente ao Estado. Como o grande Leviatã, ele deveria ser contido e as constituições da época o faziam por duas formas, às quais correspondiam dois tomos distintos do seu conteúdo. Em primeiro lugar, ao dar ao Estado a sua estrutura, enfraqueciam-no pela adoção do modelo de Montesquieu, de divisão ou separação dos poderes na clássica trinomia: Legislativo, Executivo e Judiciário. Com essa divisão procurava-se impedir se apresentasse ele perante os cidadãos como um bloco monolítico encarnando um poder concentrado a ponto de lhe permitir fazer as leis, aplicá-las e julgar as alegadas transgressões a elas. Em segundo lugar, mesmo enfraquecido por aquela divisão, o Estado via-se impedido de invadir a esfera privativa de cada cidadão, protegida pela barreira - transponível apenas em ocasiões muito especiais -, de seus direitos e garantias individuais." (Idem, p. 129-30).

<sup>35</sup> "Frente a la proliferación de contenidos económicos e sociales del constitucionalismo contemporáneo, es común subrayar por vía de comparación la ausencia de tales rasgos en el constitucionalismo clásico y, en particular, la explicitación formal de una visión de conjunto, concreta o programática, del orden económico-social. Desde esta visión tónica, el ideal constitucional de la época quedaría satisfecho con la simple garantía del derecho de propiedad y las libertades de comercio e industria, como contenidos mínimos y suficientes. Tal reduccionismo, sin embargo, supone desconocer e desvalorizar el componente y la función económica que cumple el constitucionalismo clásico más allá de su mera presentación como estructuración de un nuevo orden de las instancias y procesos políticos sin aparente incidencia directa y determinante en la realidad económico-social. La ausencia de determinaciones y preceptos de naturaleza económica en el primer constitucionalismo es producto, fundamentalmente de dos causas. En primer lugar, en la mentalidad de la época no existía una representación de conjunto e individualizada del proceso económico como una instancia sobre la cual operar y modificar; el orden económico era producto de leyes económicas naturales que lo rigen y frente a este marco naturalista el hombre debe aportar su racionalidad, interés y motivación en el intercambio de bienes y servicios para obtener el máximo beneficio ('homo economicus') y así servir a los intereses generales y al progreso (según A. Smith, 'nosotros debemos esperar el pan, no de la benevolencia del panadero, sino de su interés'). Al ser, por tanto, el individuo el punto de referencia de las relaciones económicas, su libertad de acción e independencia frente a restricciones arbitrarias de naturaleza política o derivadas de instituciones arcaicas o defasadas se convierte en el fundamento del orden político. La Constitución cumple una de sus funciones capitales configurando el escenario político para el desarrollo del individuo. En sus libertades políticas se encierran

A concepção então reinante, no típico Estado liberal de princípios do século XIX, era a de que a economia se auto-regia, devendo o Estado simplesmente se omitir de qualquer intromissão nela. Faltava, na realidade, uma clara percepção do que anteriormente já foi afirmado no presente estudo: as atividades econômicas sempre se desenvolvem numa dada estrutura institucional, i.e., o Direito invariavelmente condiciona um determinado sistema econômico.

Mesmo quando uma determinada Constituição parece omissa no que tange ao papel do Estado em relação à Economia, não prevendo nenhuma atuação específica dele quanto a esta, na verdade, não será uma Constituição neutra, pois a própria omissão é uma tomada de posição política bem definida. E se, nessa mesma Constituição, forem previstos e garantidos o direito à propriedade privada e à liberdade de contratar, estarão, então, dados todos os fundamentos de uma economia de mercado<sup>36</sup>.

Entretanto, é importante anotar que, na prática, na realidade, houve muito pouco liberalismo econômico propriamente dito, ao contrário do que constava na retórica oficial, pois diversos países que se apregoavam identificados com o liberalismo, ou mantiveram diversas medidas protecionistas de suas próprias economias, ou permaneceram intervindo no mercado de trabalho, reprimindo greves, p.ex<sup>37</sup>.

Seja como for, ao contrário do que pensavam os liberais, o fato é que o sistema da

---

también sus libertades económicas" (BASSOLS COMA, Martín. *Op.cit.* p. 21-3).

<sup>36</sup> "... pode-se concluir que a presença ou ausência de previsão para a atividade estatal no campo econômico e/ou social correspondem a duas posições bem definidas, sendo a escolha por uma delas no bojo constitucional uma opção racional e conscientemente adotada pelos vários povos a cada fase de sua trajetória histórica" (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 132). Igualmente nesse sentido: "... o Estado liberal não foi ausenteísta por ordem natural, mas por imposição daqueles que o dirigiam, uma vez que as fontes de produção normativa foram estatizadas quando entrou em vigor o Código Napoleão, passando a servir aos objetivos do Estado" (SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26).

<sup>37</sup> "... a própria Inglaterra adotou a teoria do 'laissez-faire' só a partir de 1860, enquanto a obra clássica de Adam Smith - 'An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations' - data de 1776. Nesse período, a Inglaterra mantinha Atos de Navegação protecionistas e fixava o preço do trigo como complemento da alimentação dos ingleses, o que era incompatível com a teoria liberal. Havia resistências da Alemanha, que desejava uma indústria própria, genuinamente alemã, e, nos Estados Unidos, onde o Governo de George Washington, calcado em famoso relatório de seu Secretário de Fazenda, Alexander Hamilton, defendia a instalação de fábricas que viessem a concorrer com a Inglaterra..." (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*. 2.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 13). "... na confrontação do modelo teórico com a realidade, o caráter empenhado e protetor do Estado Liberal transparece na sua intervenção no mercado de trabalho – onde reprime abertamente o direito à greve, o direito de associação sindical e, na generalidade, as ações coletivas dos trabalhadores – ou, num outro plano, no papel ativo que o Estado desempenha na colonização e no aproveitamento dos territórios coloniais como fornecedores de matérias-primas" (NOVAES, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: [s.c.p.], 1987, p. 53-4, apud DANTAS, Ivo. *Op.cit.*, p. 35).

economia de mercado não se desenvolve com eterna perfeição, dentro de uma *ordem natural*. Esse verdadeiro dogma da ideologia liberal foi abalado, principalmente, a partir da obra de Marx, que candentemente apontou diversas incongruências no funcionamento do mercado, em especial o problema dos ciclos econômicos, problema que, a partir dele, passou a ser objeto de preocupação de economistas de todas as correntes<sup>38</sup>.

E, hoje, economistas das mais diversas tendências reconhecem a existência das chamadas falhas estruturais do mercado, que, segundo Fábio Nusdeo, são as seguintes:

- inexistente, na prática, na maior parte das vezes, a mobilidade dos fatores de produção pressuposta pelos liberais - é, na verdade, bem difícil, p.ex., em caso de crise, substituir a cultura em larga escala de um determinado produto agrícola por outro ou, então, alterar totalmente a linha de produção de uma unidade fabril;
- inexistente, outrossim, o acesso às informações relevantes por parte de todos os operadores de um mercado, pois, ao contrário do que pensavam os liberais, nem sempre o preço de uma mercadoria reflete com precisão e/ou resposta imediata às situações de escassez/abundância (p.ex., evidentemente, a notícia de que um grande contrato vai ser celebrado entre duas companhias é, primeiro, conhecida de algumas poucas pessoas para, só depois, receber ampla divulgação);
- a ampla liberdade individual econômica apregoada pelos liberais fazia sentido num mundo dividido entre inúmeras pequenas unidades de produção (princípio da atomização), não, ao contrário, num mundo onde o que se verifica é a concentração econômica, inerente aos avanços científicos e tecnológicos por que passou a humanidade especialmente nos últimos 200 anos; é que, onde algumas poucas empresas detêm, de fato, o poder de ditar as regras do mercado em que operam, não se pode mais falar em liberdade econômica, tal como concebida no século XVIII;

---

<sup>38</sup> NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 131.

- raramente todos os custos e os respectivos benefícios recaem sobre a unidade responsável por sua condução, tal como pressuposto no pensamento liberal, pois existem alguns bens, cuja escassez, na realidade, não é percebida pelo mercado - são as chamadas externalidades; assim, a poluição, p.ex., do ar, que, com certeza, gera custos para toda a comunidade que a sofre, não reflete diretamente como custo para a fábrica que a causa, nem, de consequência, encarece o preço dos produtos que ela fabrica;
- por fim, o sistema de mercado tampouco se presta adequadamente ao suprimento de bens coletivos, aqueles que atendem simultaneamente a várias pessoas, sem que o uso por uma delas exclua as demais; o sistema de mercado, dado o princípio hedonista que lhe é ínsito, privilegia a produção de bens exclusivos em detrimento dos coletivos; quem pagará por aparelhos antipoluentes para preservar o ar (bem coletivo) afetado pela produção do parque fabril de uma região?

Ora, nenhuma dessas falhas de mercado é *auto-corrigível* pelo próprio mercado. Apenas uma decisão política, geralmente veiculada por regras jurídicas, é capaz de proporcionar a correção almejada que, em última análise, visa preservar o próprio mercado.

Essa realidade é logo percebida por todos quantos se dediquem a estudar o assunto<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Nessa linha, p.ex., Eros Grau, segundo o qual: "As imperfeições do liberalismo, no entanto, associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado. À idealização de 'liberdade, igualdade e fraternidade' se contrapôs a realidade do poder econômico. A pretexto de defesa da concorrência suprimiram-se as corporações de ofício, mas isso ensejou, em substituição do domínio pela tradição, a hegemonia do capital. A liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência... O modelo 'clássico' de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na prática, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios — o princípio do livre mercado —, passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis 'anti-trust', que preservam as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios" (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 9.ed.rev.atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 17-8). Paulo Henrique Rocha Scott também anota que: "a situação de liberdade econômica absoluta — que pressupunha uma condição ideal de igualdade, de equilíbrio nas competições econômicas — não se revelou perfeita. Na prática, não se conseguiu evitar que o mais forte dominasse, de modo quase absoluto, seus adversários, nem garantiu a renovação no quadro dos concorrentes; quando os derrotados eram expulsos do mercado não surgiam outros para ocuparem seu espaço, revelando, neste dado empírico, sua imperfeição... Ademais, como ficou suficientemente comprovado no século XX, a economia de mercado se mostrou ineficaz para enfrentar mudanças de grandes proporções; quando fosse necessário transferir recursos num grau significativo, os seus métodos se revelavam demasiadamente lentos e cruéis do ponto de vista social. Uma situação de escassez, p.ex., não podia ser eliminada com rapidez — com isso, algumas pessoas acabavam obtendo rendas elevadas à custa do público, já que as utilidades escassas restavam distribuídas de maneira injusta —, assim como um eventual excesso de produção não poderia ser revertido com a celeridade necessária... O entendimento setecentista de que não haveria poder econômico privado capaz de subverter as leis

E, assim, em que pese toda a retórica liberal, em 1890, nos Estados Unidos, é editado o "Sherman Act", considerado, para muitos, como a primeira norma jurídica que, de forma significativa, representou a reação contra a concentração do poder econômico nas mãos de alguns agentes, procurando discipliná-la<sup>40</sup>. Portanto, desde fins do século XIX, o Estado de Direito passou a ser um Estado intervencionista na Economia<sup>41</sup>.

Ora, a própria expressão *intervenção do Estado na Economia*, como bem se apercebeu Fábio Konder Comparato, decorre da concepção liberal de que há uma "*harmonia natural das coisas no plano econômico, que deve ser respeitada e garantida*" - harmonia essa na qual o Estado, só por exceção, eventualmente, intervém<sup>42</sup>.

---

naturais do mercado não resistiu às constatações empíricas e a livre competição acabou sendo eclipsada pelo fenômeno da concorrência imperfeita... " (in *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2000, p. 43-6).

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69- 70; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op.cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> "Esse quadro de novos problemas levou o Estado a adotar um novo comportamento: a intervenção. Sua legislação teve de evoluir no sentido da tipificação de algumas ações como sendo nocivas à livre iniciativa e à livre concorrência, o que tornou juridicamente condenáveis situações até então não cogitadas como tais. Afastando-se, portanto, dos padrões do liberalismo clássico, o Estado, em nome dos interesses intermitentes de grupos privados com menor poder econômico, passou a enfrentar os grandes agrupamentos de produtores, modificando-os, sempre que sua evolução, o exercício de sua liberdade, colocasse em risco as leis naturais do mercado: as liberdades de iniciativa, de contratar e de concorrer... Neste período – mesmo já tendo iniciado o processo de passagem da liberdade 'frente' ao Estado para a liberdade 'por meio' do Estado –, não chegou a ser plenamente estabelecida a intenção de conduzir a economia privada por intermédio de programas de natureza estatal, nem a de direcionar o processo econômico para a realização de fins públicos determinados..." (SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Op.cit.*, p. 46-7).

<sup>42</sup> In *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 54, v. 353, p. 20, mar./1965. Também Washington Peluso Albino de Souza: "O que se percebe, portanto, é que o termo 'intervenção' apresenta-se inicialmente carregado do preconceito liberal do 'repúdio' de qualquer interferência do Estado no domínio econômico. Este é reservado inteiramente à atividade privada. Ao mesmo tempo, na medida em que esta interferência se faz indispensável e até mesmo essencial para a ordem econômica e a concomitante ordem jurídica, abriu-se a área política para a ação econômica do Estado..." (In *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 399). Ainda, no mesmo sentido, mas com muita clareza: "... qualquer expressão que denote 'intervenção' do Estado no domínio econômico é, em si, temerária, pois induz a crer que o Estado e a economia são coisas distintas, e que ao agir no domínio econômico o Estado o faz em um lugar que não lhe é próprio. Cremos que tal concepção de separação entre o econômico e o político não tem como subsistir. Diz Giannini (...) que historicamente o Estado sempre atuou visando, pelo menos, organizar o sistema econômico existente. Assim, nas grandes civilizações da Antigüidade, na beira dos rios (Tigre, Eufrates, Nilo, etc.), o Estado agia visando o melhor aproveitamento possível da água nas atividades produtivas. Também o fez para unificação de um sistema de tempo-calendário, pesos e medidas, e por aí assim. Segundo Vital Moreira (...), 'a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma 'intervenção': o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia'. Então, o que caracterizaria um Estado como 'intervencionista', já que ele o é desde há muito? Temos que a chave para solução desta questão somente pode ser encontrada quando se contrapõe ao regime econômico contemporâneo o regime econômico liberal. Daí surge que no Estado Liberal o Estado não 'intervinha' na economia como dantes... Admitimos então que o Estado liberal, mesmo quando agia 'apenas' para manutenção da ordem, da segurança e da paz, 'intervinha' no domínio econômico. Diz-nos Vital Moreira (...) que 'essa atividade do Estado sobre o domínio econômico não seria intervenção, por ser inerente ao Estado, como instância política da formação social. Seria o 'ponto zero de intervenção'. Assim... o Estado 'absenteísta' nas relações econômicas permitia à burguesia que mantivesse e reproduzisse as condições objetivas de produção. E era 'absenteísta' porque a burguesia assim o determinava, pois tal lhe favorecia. Temos então que a burguesia,

No entanto, alguns fatos levaram o Estado, após a 1ª Guerra Mundial, a assumir uma nova postura perante a Economia. Em primeiro lugar, há que se destacar a própria guerra, que, então, se revelou um *fenômeno social totalitário*, na feliz expressão de Fábio Konder Comparato, visto que toda a sociedade de cada país envolvido foi afetada direta ou indiretamente por tal conflito bélico, o qual exigiu o direcionamento de esforços de todos para alcançar os objetivos econômicos que mais interessassem à vitória sobre os inimigos<sup>43</sup>.

Por outro lado, o famoso "crash" da Bolsa de Nova Iorque, em 1929, mais evidenciou a necessidade da atuação do Estado perante a Economia, pois esta parecia não possuir, de per si, os mecanismos necessários para sair da estagnação econômica em que se recai na Grande Depressão. Keynes é o grande teórico desse momento histórico, preconizando, justamente, a deliberada atuação estatal no sentido de reverter as perversas amarras da estagnação econômica<sup>44</sup>.

---

que havia estatizado as fontes de produção normativa e que possuía o controle do Estado em razão do voto censitário, manteve o Estado 'intervindo' apenas nessa 'mínima' intensidade, neste 'ponto zero de intervenção', pois não lhe interessava que o Estado agisse além desse patamar. E estas são características do Estado Liberal: Liberdade Contratual e Propriedade Privada dos Meios de Produção... Logo, temos que o Estado contemporâneo somente pode ser considerado como intervencionista no domínio econômico se contraposto ao Estado Liberal, em que a intervenção também ocorreu, apenas que no 'ponto zero'. Os demais tipos de Estado que visualizamos retro eram igualmente intervencionistas no domínio econômico, em graus superiores ao que convencionamos chamar de 'ponto zero de intervenção', típico do Estado Liberal." (SCAFF, Fernando Facury. *Op.cit.*, p. 37-8).

<sup>43</sup> "O direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX e o superamento de uma certa concepção clássica da guerra e da economia. Até então, a guerra era uma atividade marginal, que interessava alguns grupos sociais por tradição ou profissão, e que podia se desenvolver paralelamente às outras atividades da nação. A partir de 1914, a guerra é um fenômeno social totalitário, que submete a seus fins todas as tarefas e ocupações, que interessa diretamente a todas as classes sociais, sem exceção. Doravante, em período bélico, todas as funções do Estado são monopolizadas pelo conflito armado. Napoleão tinha tempo de se ocupar de arqueologia durante a campanha do Egito, ou de pensar na criação da 'Comédie Française', logo após a tomada de Moscou. A Grande Guerra de 1914-18 pôs fim a esta concepção romântica da atividade militar: desde então, nada escapa ao absolutismo da guerra — economia, ciência, arte e até mesmo a religião. A economia, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, transformou-se sob a ação do novo fenômeno bélico. Demonstrado que a guerra não se ganha somente nas frentes de combate, mas também e sobretudo nos campos, nas usinas, nas fábricas e nos laboratórios, ao Estado não era mais indiferente a evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada. Cumpria, ao contrário, submetê-los antes de tudo às exigências da guerra." (COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, p. 15). Vide, também, SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*, 5.ed., São Paulo: LTr, 2003, p. 45-6.

<sup>44</sup> "... A crise de 1929, colhendo de improviso as economias nacionais que mal se recompunham das conseqüências da grande guerra, e espalhando largamente seus efeitos sobre as economias coloniais periféricas, representou o verdadeiro dobre de finados do clássico 'laissez faire'. Diante da paralisia quase total dos fatores de produção — diminuição do valor do comércio internacional da ordem de 60%, baixa dos preços internos de 30%, baixa na cotação das ações em Bolsa de 75%, desemprego em massa (25% da mão-de-obra ativa nos Estados Unidos), multiplicação de insolvências — a tradicional ausência de iniciativa econômica pública não tardou a desaparecer. A posição estatal de simples árbitro do respeito às regras do jogo econômico não tinha mais razão de ser, desde o momento em que os diferentes protagonistas deixavam de jogar. A se porfiar na otimista 'laissez faire', ter-se-ia na prática um 'laissez ne pas faire'. Incumbia a alguém reimpulsionar a máquina econômica paralisada, e este alguém só poderia ser o Estado. O impulso econômico estatal, que iria receber desde logo a competente justificação teórica na obra de Lord Keynes, manifestou-se por uma autêntica proliferação de textos jurídicos de todos os graus..." (COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, p. 16).

Para completar, em seguida, o advento da 2ª Guerra Mundial abalou ainda mais as estruturas da Economia de praticamente todos os países do mundo, exigindo atuações estatais diretas, após o seu término, no esforço de reconstrução<sup>45</sup>.

Nesse contexto, há que se reconhecer que mudou a própria concepção da relação entre o Estado e a Economia. A atuação daquele em relação a esta deixou de ser meramente episódica e pontual e passa a ser considerada no seu conjunto, desejando-se, inclusive, que o Estado atue de forma a evitar as periódicas crises econômicas e, mesmo, atinja determinados objetivos de política econômica<sup>46</sup>.

De mais a mais, importante ainda ressaltar que, desde o início do século XX, começaram a surgir as primeiras constituições com explícitas preocupações econômicas. Primeiro, a Constituição mexicana de 1917; depois, na Alemanha, em 1919, a Constituição de Weimar, com seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica. Esta última, por sua sistematização, alcançou maior repercussão que aquela outra, tendo sido, inclusive, a fonte de inspiração de muitas outras constituições pelo mundo (inclusive no Brasil, onde essa

---

<sup>45</sup> "Sucedendo à crise de deflação e de superprodução de 1929, o advento da segunda guerra mundial veio abalar as economias européias com os problemas opostos de penúria e de inflação. Face às tarefas da guerra e da reconstrução que se lhe sucede, e a fim de eliminar a procura excedentária e a abundância de signos monetários no mercado, o Estado lança mão de novos processos de captação de poupança popular, do empréstimo compulsório à emissão sistemática de títulos da dívida pública em concorrência com os títulos privados ('open market'). Por outro lado, a repartição do produto nacional é racionalizada através de medidas compulsórias de contingenciamento, de estocagem, de licenciamento da produção, da venda ou do comércio exterior..." (COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, p. 16-7). "Las nuevas fuerzas políticas (cristianos sociales, socialistas y comunistas) que afrontaron la reconstrucción y modernización de la Europa de posguerra coincidieron en el mantenimiento de las instituciones clásicas democráticas en lo referente al estatuto de las libertades políticas, si bien rechazaron unánimemente la vuelta a los postulados del liberalismo en el orden económico y social. El Estado deberá promover un nuevo tipo de integración social, basado fundamentalmente en el reconocimiento de derechos y situaciones sociales para cuya efectividad deberá llevar a cabo una intensa actividad prestacional, al propio tiempo asumirá progresivamente la transformación del orden económico y social existente y facilitará la participación de las fuerzas políticas y sociales en las distintas esferas de decisión con incidencia y protagonismo en lo económico-social (la empresa, instituciones sociales, instancias de deliberación y concertación, etc.)..." (BASSOLS COMA, Martín. *Op.cit.*, p. 40).

<sup>46</sup> "A agenda estatal no campo econômico ampliou-se extraordinariamente ao longo do presente século (referindo-se ao século XX), atingindo o seu clímax durante as três décadas seguintes ao término da 2ª Guerra Mundial, quando o monitoramento ou direcionamento da economia pelo aparato governamental acabou por condicionar direta ou indiretamente as decisões tomadas no âmbito do mercado, mesmo porque uma boa parte dos agentes desse mercado era formada por empresas e entidades de caráter estatal. Em tais condições, a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no seu conjunto..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 186).



influência se fez sentir de forma muito nítida a partir da Constituição de 1934)<sup>47</sup>.

Ainda, tampouco se pode olvidar a influência de outros acontecimentos históricos marcantes do início do século XX, em especial, das revoluções sociais na Europa (a soviética de 1917, a italiana de 1923 e a alemã de 1933)<sup>48</sup>.

Seja como for, o fato é que, a partir da década de 20, o mundo assistiu a um assombroso crescimento da quantidade de normas jurídicas de conteúdo assumidamente econômico, revelando, como antes já se disse, que a atuação do Estado na Economia não era mais meramente interventiva (episódica, casual), mas passara a ser permanente, organizada e sistemática<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> "As preocupações econômicas ingressam de maneira explícita nos textos constitucionais com a Constituição mexicana de 1917, nesta até com bastante detalhe. No entanto, maior repercussão e impacto alcançaria a Constituição alemã promulgada a 11-08-1919 – a Constituição de Weimar – com o seu célebre capítulo sobre a Vida Econômica, paulatinamente imitado, embora com conteúdo diverso, por outras cartas que se lhe seguiram em vários países do mundo. Registre-se, entretanto: situada entre as duas, coloca-se a Lei Fundamental soviética de 1918, com extensa matéria de natureza econômica, voltada a implantar o sistema de economia coletivista, inclusive mediante normas que expressamente aboliam a propriedade privada da terra e demais riquezas naturais. A tal ponto disposições de caráter econômico ou dito social passaram a permear as modernas constituições, que têm os autores porfiado em lhes atribuir novas designações ou epítetos, para, numa palavra, diferenciá-las das clássico-liberais, identificadas como constituições-garantia... As Leis Magnas agora são vistas mais como constituições-programa, por explícita ou implicitamente assinarem alguns objetivos ou metas para as comunidades às quais se dirigem ou então preverem que tais metas venham a ser periodicamente estabelecidas, através, p.ex., de planos tendentes a materializar aspirações tais como o bem-estar, o desenvolvimento, a justiça social, a existência digna, o atendimento às necessidades básicas e assim por diante..." (COMPARATO, Fábio Konder. *Op.cit.*, p. 201-2). "A Constituição da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, a chamada Constituição de Weimar, não obstante a posteridade em relação à Constituição do México, tornou-se o modelo do novo constitucionalismo ocidental e exerceu considerável influência na elaboração constitucional do pós-guerra de 1914-1918. Alargando o conteúdo material da Constituição, o texto de Weimar unificou em setor próprio as regras constitucionais incidentes sobre a ordem econômica, destacando o seu conteúdo do conjunto da Constituição. A técnica formal da Constituição de Weimar reproduziu-se nas Constituições que a tomaram por modelo, como a Constituição Federal Brasileira de 1934..." (HORTA, Raul Machado. *Constituição e ordem econômica e financeira*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 72, p. 10, jan./1991).

<sup>48</sup> "Esse Estado sofre mudanças em sua concepção, em razão de três causas fundamentais, que entre outras, são apontadas: as revoluções sociais na Europa (a soviética de 1917, a italiana de 1923 e a alemã de 1933), a 2ª Revolução Industrial que acelera a produção de bens e serviços e o novo conceito de finanças públicas, que aumentaria enormemente o patrimônio do Estado..." (MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica: limites jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 9-10).

<sup>49</sup> "... muito embora sempre se tenha verificado a atuação do Estado na economia, a partir do início do século XX, a quantidade de normas emanadas aumentou sensivelmente, de forma a fazer ver uma interferência não apenas episódica, mas organizada e sistemática. O Estado passa a dirigir o sistema, com o escopo de evitar as crises." (FORGIONI, Paula A. *Op.cit.*, p. 84). "Nos países de iniciativa privada, convergentemente, o Estado tende a assumir participações crescentes na atividade econômica e a aperfeiçoar formas de direção da economia e de intervenção para superação das distorções do mercado... A imprecisão no uso do vocábulo (intervenção) e sua interpretação hesitante resulta em parte da lenta e progressiva ampliação das preocupações econômicas do Estado, no caminho que o trouxe dos valores gendarmes aos do desenvolvimento e do bem-estar. Nos pontos iniciais dessa estrada, havia realmente meras intervenções econômicas do Estado liberal, no sentido etimológico que traduz 'intervir' por 'vir entre', por 'interpor-se', por 'colocar-se' entre dois objetos, ou ainda entre sujeito e objeto. Nesse sentido, a referência à intervenção significava, de início, a crença em que deveria ser momentânea - ou pelo menos transitória - a presença econômica do Estado. A crítica crescente às posições do Estado liberal, convidando à multiplicação das intervenções, resultou no surgimento da postura política do intervencionismo –

Mas o que parece mais importante destacar, do ponto de vista jurídico, é que o próprio advento das primeiras constituições com disciplina explícita da matéria econômica (ou social), as quais, como visto, antecederam em alguns anos fatos históricos importantes, como a quebra da Bolsa de Nova Iorque e a 2ª Guerra Mundial, já revelava a percepção de que as garantias e liberdades oferecidas no período clássico-liberal eram absolutamente insuficientes em sociedades onde não estivessem asseguradas condições mínimas de existência e de atendimento de necessidades elementares<sup>50</sup>. Em outras palavras, a preocupação relativa à igualdade deixou de ser, apenas, uma preocupação quanto à igualdade meramente formal, para ser, antes, uma preocupação quanto à igualdade material entre os seres humanos<sup>51</sup>.

E, então, após a 2ª Grande Guerra, em 10-12-1948, foi aprovada pela Assembléia Geral da ONU a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em cujos arts. 1º a 21 se contêm os direitos e garantias individuais, e, nos arts. 22 a 28, os direitos sociais<sup>52</sup>.

Dessa declaração, decorreram dois importantes pactos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966 - sem se falar dos vários sistemas regionais de proteção dos direitos humanos (americano, europeu e africano)<sup>53</sup>.

Importa destacar que o tema dos direitos humanos ganhou especial importância após a 2ª Guerra Mundial, face à necessidade de se atribuir um conteúdo efetivo à idéia de dignidade da pessoa humana, para evitar a repetição dos horrores que marcaram aquele conflito. Se, até então, sempre havia sido importante o estudo dos direitos humanos, mais do que nunca eles ganharam em relevância: de forma geral, em todo o mundo, surgiram organizações preocupadas com a sua afirmação e a sua defesa.

Note-se, por outro lado, que, durante todo o século XIX, predominou o

---

que se afastava, nitidamente, da impostação episódica típica das manifestações iniciais e, mediante transformação das intervenções em procedimento sistemático, retirava delas o caráter de origem..." (VIDIGAL, Geraldo de Camargo. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 92-114).

<sup>50</sup> NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 202.

<sup>51</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6.ed.rev.ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 188-91.

<sup>52</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 145-8.

<sup>53</sup> Idem, p. 165-6 e 179-80.

reconhecimento dos chamados direitos de primeira geração<sup>54</sup>. Foi justamente no alvorecer do Século XX que ganhou impulso a afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que são os que conferem, ao cabo, efetividade aos primeiros.

De outra banda, houve, igualmente, um novo movimento de pensamento ou revitalização dos direitos humanos após o fim da Guerra Fria: só então passou-se a considerar legítima ou justificável a chamada intervenção humanitária, isto é, a intervenção num País que não esteja respeitando devidamente os direitos humanos<sup>55</sup>.

Veja-se que, em 25-06-1993, foi adotada a Declaração de Viena, cujo art. 5º assim dispõe:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de maneira justa e equânime, com os mesmos parâmetros e a mesma ênfase. As particularidades nacionais e regionais e bases históricas, culturais e religiosas devem ser consideradas, mas é obrigação dos Estados, independentemente de seu sistema político, econômico e cultural, promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.<sup>56 57</sup>

<sup>54</sup> A classificação dos direitos em direitos de primeira geração (os direitos e garantias individuais e políticos clássicos - liberdades públicas, negativas ou formais), de segunda geração (os direitos econômicos, sociais e culturais - liberdades positivas, reais ou concretas) e de terceira geração (os chamados direitos de solidariedade, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado e a uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e outros direitos difusos), tem o inconveniente de aparentemente cindi-los, de modo que uns possam parecer mais importantes que outros, ou, então, que possam ser alcançados uns independentemente dos demais. Isso não está correto, contudo, como, de resto, se demonstrará ao longo do texto. Porém, trata-se de uma classificação, cuja menção apenas ajuda a compreender que, historicamente, primeiro, foram afirmados os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, sendo os outros de reconhecimento mais recente.

<sup>55</sup> MAGNOLI, Demétrio. *Manual do candidato: questões internacionais contemporâneas*. 2.ed. Brasília: FUNAG, 2000, p. 156 e ss.

<sup>56</sup> PIOVESAN, Flávia. *Op.cit.*, p. 159.

<sup>57</sup> No entanto, atente-se para a crítica de Giovanni Sartori: "... nuestras sociedades se están convirtiendo específicamente en 'sociedades de expectativas' de derechos y más concretamente en sociedades de expectativas en las cuales los ciudadanos se sienten titulares de 'débitos', de cosas que se esperan... La sociedad de las expectativas — que son además crecientes — no es solo 'toda derechos', es también una sociedad caracterizada por la reivindicación de 'derechos materiales'. Los derechos sancionados por las cartas constitucionales de los siglos XVIII e XIX eran 'derechos jurídicos' que proporcionaban espacios y garantías de libertad, no derechos que atribúan beneficios sustantivos. Una relectura retrospectiva nos los hace ver como derechos 'sin coste', derechos que no se transferían al presupuesto del Estado como partidas de gastos. Solamente en nuestro siglo a los derechos sin coste se van sumando poco a poco derechos-beneficios que cuestan. Primero el derecho a la instrucción, después el derecho a la asistencia médica, además de los distintos derechos relacionados con la denominada liberación de la necesidad (el derecho a los alimentos, a los subsidios y otros similares) y finalmente, hoy en día, también el derecho a la vivienda... la sociedad de las expectativas los percibe y reclama como 'derechos absolutos'. ¡Y aquí viene lo difícil!... ¿a título de qué son debidos los derechos materiales? Podemos llamarlos 'derechos', pero es necesario precisar que son - en realidad - derechos 'sui generis', relativos y no absolutos, condicionados y no incondicionales. De lo que se sigue que son debidos en la medida de lo posible y a condición de que su coste material pueda pagarse. Si se quiere, las expectativas son 'debidas' cuando las arcas están llenas, no cuando están vacías. Equiparar los derechos materiales con los derechos formales no es solamente un error de concepto, es también una estupidez práctica que transforma una sociedad de beneficiarios

Tal dispositivo coloca em evidência algumas das características mais importantes dos direitos humanos: universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relacionamento (José Afonso da Silva indica, ainda, como características desses direitos: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade)<sup>58</sup>.

Se assim é, se, p.ex., "*toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar*", tal como o proclama, p.ex., o art. 25º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, parece evidente que não se pode mais conceber, no mundo de hoje, seja pela própria verificação das deficiências do sistema da economia de mercado, seja pela necessidade de se garantirem os direitos fundamentais do ser humano, que o Estado não tenha uma atuação dirigida, sistemática e ordenada, em relação à Economia<sup>59</sup>.

No entanto, em que pese todo o desenvolvimento descrito, nas duas últimas décadas do século XX, paradoxalmente, ressurgem, com toda a força, idéias liberais - o chamado neo-liberalismo<sup>60</sup>.

---

en una sociedad de la protesta de los descontentos..." (In *La democracia después del comunismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1994, p. 118-23).

<sup>58</sup> SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p. 162

<sup>59</sup> "A relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno nada mais é que a representação mental do dado de realidade quanto a haver mister, na concreção dos instrumentos àquele pertinentes, obter o concurso dos órgãos internos dos Estados soberanos. Isto é: longe de demandar o enfraquecimento ou o desaparecimento dos Estados soberanos, a proteção dos Direitos Humanos exige, antes, que eles se fortaleçam, providos dos meios para os efetivar. Algo que conduz à constatação aparentemente óbvia de que a sustentação em prol do Estado mínimo implica, em última instância, a manutenção dos Direitos Humanos no plano da utopia irrealizável, com a valorização do direito enquanto mero instrumento para dirimir conflitos entre particulares e para assegurar o castigo aos integrantes da 'abiecta plebecula', protegendo os poucos eleitos contra a multidão dos amaldiçoados. Quando se tem em questão a proteção dos Direitos Humanos, percebe-se que é um falso problema a preocupação com o gigantismo ou a modéstia do Estado. O que se põe realmente em questão é quais as necessidades que quem desempenha a atividade se propõe a satisfazer, se elas são essenciais ou suntuárias, se a atividade apta a satisfazê-la pode ser lançada em terreno em que quem se propõe a prestá-la teria discricionariedade plena para escolher a quem e quando prestá-la ou não, se o pressuposto para a fruição do benefício decorrente da prestação da atividade deveria, necessariamente, estar vinculado ao poder aquisitivo do virtual consumidor ou ao papel desempenhado no teatro social ou à própria condição humana" (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito econômico, direito internacional e direitos humanos*. *Op.cit.*, p. 185).

<sup>60</sup> "Sucede que o 'novo papel' do Estado passou a ser vigorosamente questionado desde os anos oitenta, na afirmação dos discursos da 'desregulação' e do 'neoliberalismo'..." (GRAU, Eros Roberto. *Op.cit.*, p. 32). "Durante século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos cinquenta anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30, ganha terreno a chamada 'social-democracia' ou 'intervencionismo', no mundo ocidental, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas ensaiava-se o regime de índole coletivista-estatal. Já a última década do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de 'Estado mínimo'..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 208).

Em parte, isso se explica pela constatação de que, em geral, o que se verificou foi a ineficiência do Estado, que não desempenhou tão bem as atividades econômicas a que se lançou quanto o fazem as empresas particulares<sup>61</sup>. Ademais disso, também de forma geral, os Estados acabaram assumindo encargos muito mais elevados do que seus recursos comportavam, dando ensejo a enormes dívidas públicas<sup>62</sup>.

De outro lado, o fenômeno da globalização econômica, que exige de todos os agentes econômicos, em escala mundial, maiores níveis de eficiência e competitividade, também influencia o influxo das idéias de redimensionamento do Estado contemporâneo<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> "Um dos dados fundamentais foi a constatação da ineficiência estatal. O modelo intervencionista fundava-se na pressuposição de que o Estado teria êxito em executar satisfatoriamente as propostas políticas, econômicas e sociais que assumisse. As concepções intervencionistas não duvidavam da viabilidade da realização dos planos e projetos estatais. Supunha-se que bastaria o querer estatal para mudar a realidade. Daí derivava que a transformação da sociedade seria mera questão de tempo, dependente muito mais da ambição dos planos do que de qualquer outro fator. Imaginava-se que o Estado seria tão bom gestor quanto os particulares - talvez até melhor. Por isso, seria muito mais vantajoso substituir a iniciativa privada, eis que os resultados proveitosos deixariam de ser apropriados pelos particulares, para fins egoísticos. O Estado poderia acumular enormes riquezas, distribuindo benefícios equitativamente e eliminando distorções sociais e regionais. A realidade encarregou-se de demonstrar o erro dessa concepção. Em primeiro lugar, constatou-se que o Estado não é empresário tão eficiente quanto os particulares. Não atinge os níveis de organização da iniciativa privada, seus custos são maiores e dificilmente obtém lucro. Sua atuação padece de acomodação e tende a produzir maus resultados. A médio prazo, a intervenção estatal deságua na obsolescência e insolvência, como regra." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Empresa, ordem econômica e Constituição*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109, abr.-jun./1998, p. 119-20). Ainda nesse sentido: "... há que se assinalar também a (influência) que provém da situação de 'crise' do Estado moderno, no que tange ao desempenho no domínio econômico. A uma situação de entusiasmo com o chamado Estado 'empreendedor' sucede uma posição de desconfiança e descrédito, principalmente pela 'baixa eficiência' comprovada. Surge assim nos países ocidentais um movimento de 'reprivatização' da atividade econômica, bem como a pergunta sobre qual deva ser o novo papel do Estado numa economia de mercado. Surge então a árdua tarefa de 'redefinir o papel do Estado' de forma a ajustá-lo às exigências dos novos tempos." (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op.cit.*, p. 266).

<sup>62</sup> "... o modelo intervencionista foi além dos limites economicamente suportáveis. O Estado assumiu encargos muito mais elevados do que seus recursos comportavam. Ampliou a dimensão dos serviços públicos, multiplicou o número de servidores e contraiu enormes dívidas." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 120). Confira-se, ainda, a opinião de Gaspar Ariño Ortiz: "Assistimos, nos últimos anos, em todos os países do mundo ocidental – não precisamos dizer do oriental, depois da queda do regime comunista – a uma generalizada tomada de consciência de 'crise do público'. Aquilo que, faz cinquenta anos, foi a expressão de entusiasmo de toda a Europa pela empresa pública como grande instrumento do novo Estado social que eclodiu depois da Segunda Guerra Mundial, entrou hoje em crise. Vem-se estendendo a convicção de que o Estado de bem-estar, com seus níveis de gasto público cada vez mais altos, com sua baixa eficiência em muitas de suas atividades, não poderia perdurar e que alguém viria antes ou depois dizer: 'acabou-se a festa, voltemos a trabalhar' (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Economía y Estado: crisis y reforma del sector público*, 1993, p. 25)."

<sup>63</sup> "Num sentido estrito, a globalização, que se acelerou significativamente a partir do final do último conflito mundial e mais ainda depois do término da Guerra Fria, configura antes de tudo um fenômeno econômico (embora não se resuma apenas ao aspecto econômico). Corresponde a uma intensa circulação de bens, capitais e tecnologia através das fronteiras nacionais, com a conseqüente criação de um mercado mundial... Trata-se de uma nova etapa na evolução do capitalismo, tornada possível sobretudo pelo extraordinário avanço tecnológico registrado nos campos da comunicação e da informática. Essa fase caracteriza-se basicamente pela descentralização da produção, que se distribui por diversos países e regiões, ao sabor das conveniências e interesses das empresas multinacionais. Cuida-se, em verdade, de uma nova divisão internacional do trabalho, em que os insumos e a mão-de-obra, notadamente a especializada, circulam com desenvoltura entre os diferentes

De tal ordem é o poder econômico no mundo globalizado que muitas vezes supera o poder político, visto que este se curva para atender aos interesses daquele, levando muitos pensadores a indagar se isso não representaria o fim do Estado-Nação<sup>64</sup>.

Eric Hobsbawm<sup>65</sup>, p.ex., chega a afirmar, cinicamente, que "*o globo agora é a unidade operacional básica, e unidades mais velhas como as 'economias nacionais', definidas pelos Estados territoriais, estão reduzidas a complicações das atividades transnacionais*".

No entanto, conforme muito acertadamente analisa Demétrio Magnoli, a profunda alteração nas relações econômicas vivenciada no fim do século XX, no máximo, pode acarretar uma renovada concepção de soberania estatal, não, porém, o propalado fim do Estado-Nação<sup>66</sup>.

Seja como for, cumpre assinalar que todo esse contexto mundial influenciou profundas alterações também no Brasil, que igualmente passou a adotar uma série de providências no sentido de redimensionar o tamanho do Estado, pela *privatização*, assim entendida em suas

---

centros de produção, graças à crescente integração dos mercados. A rigor, a globalização nada mais é do que a progressiva interdependência entre os distintos sistemas econômicos..." (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 51-2).

<sup>64</sup> DANTAS, Ivo. *Op.cit.*, p. 118 e ss.

<sup>65</sup> Apud LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Op.cit.*, p. 51.

<sup>66</sup> "... o Estado conheceu transformações anteriores, que repercutiram sobre as condições do exercício da soberania. Na Europa do século XIX, quando a soberania parecia não ter limites, os Estados virtualmente não desempenhavam funções econômicas, exceto a de zelar pela estabilidade da moeda. Naquela época, a doutrina do 'laissez faire' expressava a atitude econômica do Estado liberal. A Grande Depressão determinou uma profunda modificação nas relações entre o Estado e o mercado. O intervencionismo econômico, sob diferentes formas e graus de intensidade, tornou-se a norma, tanto nas economias desenvolvidas como nos países que davam os primeiros passos no rumo da industrialização. O Keynesianismo tomou o lugar do 'laissez faire' e o poder público passou a exercer influência direta na regulação do mercado. O controle do mercado foi, então, encarado como dimensão crucial do exercício da soberania. A globalização implica uma nova reformulação das relações entre o poder público e o mercado. O Estado abandona uma série de funções que tinha assumido desde a década de 1930 e se reorganiza para desempenhar papéis econômicos essencialmente normativos. Em consequência, a noção de soberania é submetida a mais uma revisão. Essa revisão não se confunde com um 'desfalecimento' do Estado-Nação, que representa a única instância capaz de conduzir o próprio processo de globalização." (MAGNOLI, Demétrio. *Op.cit.*, p. 93-4). Também esta é a opinião de Gaspar Ariño Ortiz: "... a pesar de los pesares... el Estado resulta absolutamente necesario para el mantenimiento de cualquier sociedad mínimamente civilizada y, desde luego, las sociedades avanzadas contemporáneas... En el mundo económico, el Estado garantiza la seguridad, sostiene los derechos, permite los intercambios, impone el cumplimiento de los contratos. Sin él, la economía no sería posible, salvo al nivel primario de la autosubsistencia, el trueque y la rapiña. Por supuesto, la economía de finales del siglo XX es impensable sin el Estado; u, si se habla de trascenderlo, de dar soluciones supraestatales a la mundialización de los intercambios, es, precisamente, porque su existencia se da por descontada... Pero no nos sirve cualquier tipo de Estado: necesitamos el Estado de derecho..." (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico; modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Cornares, 1999).

mais variadas formas<sup>67</sup>.

#### 4. A economia de mercado e o Estado contemporâneo

Sustentam os economistas<sup>68</sup> que três são as grandes questões a compor o chamado "problema econômico", a saber:

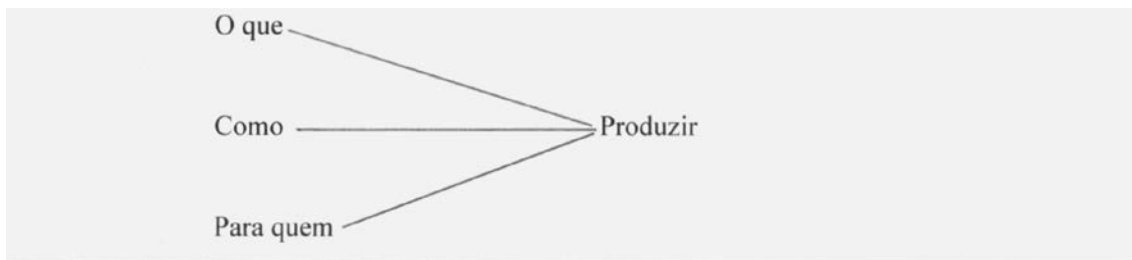


Figura 1

<sup>67</sup> "A Administração Pública brasileira vive um momento de reforma, acompanhando o movimento de globalização que vem tomando conta do mundo. Alega-se que essa reforma é irreversível; que qualquer governo que assumisse o poder teria que levá-lo a efeito. O certo é que com pelo menos duas realidades se defronta o governante de todos os níveis de governo: a) uma primeira realidade é a situação de crise, especialmente crise financeira; e isso leva a uma constatação: a Constituição Federal atribuiu competências ao poder público que ele não tem condições de cumprir a contento; faltam verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas nas atividades essenciais; b) a segunda realidade é a procura desesperada por soluções; é a busca de institutos novos, de medidas inovadoras, que permitam ao Estado lograr maior eficiência na prestação dos serviços que lhe estão afetos. Daí o instituto da privatização, considerado em seu sentido amplo, para designar todos os instrumentos de que o Estado se serve para reduzir o tamanho de seu aparelhamento administrativo; daí a quebra de monopólios, para tornar competitivas atividades que vinham sendo exercidas com exclusividade pelo poder público; daí a delegação de serviços públicos ao particular, pelos institutos da autorização, permissão e concessão de serviços públicos; daí também a parceria com entidades públicas ou privadas para a gestão associada de serviços públicos ou serviços de utilidade pública, por meio de convênios, consórcios e contratos de gestão; daí também a intensificação do instituto da terceirização para buscar a colaboração de entidades privadas no desempenho de atividades-meio da Administração..." (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública; concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 46-7).

<sup>68</sup> NUSDEO, Fábio. *Op.cit.* 2000, p. 98-9; "Para os Profs. Paul A. Samuelson e William D. Nordhaus, a economia é o estudo de como as pessoas e a sociedade decidem empregar recursos escassos, que poderiam ter utilizações alternativas, para produzir bens variados e para os distribuir para o consumo, agora ou no futuro, entre as várias pessoas e grupos da sociedade. Exsurgem, daí, três problemas econômicos fundamentais, a saber: o que produzir, como produzir e para quem produzir" (SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Op.cit.* 2000, p. 7-8).

Cada sistema econômico é estruturado por instituições que, de alguma forma, procuram solucionar cada uma dessas questões<sup>69</sup>, sendo possível, pois, a partir da análise de como esse problema econômico é tratado pelos diversos sistemas, dividi-los em três modelos básicos: o da tradição, o da autoridade e o da autonomia. Importante, ainda, nessa análise, levar em conta também o pressuposto de ordem psicológico-comportamental subjacente a qualquer sistema econômico<sup>70</sup>.

Sobre o sistema da tradição, apenas se registra que seu pressuposto psicológico-comportamental é a adesão a um conjunto bastante amplo de valores de índole mágico-religiosa, onde o que e como produzir decorrem da mera reiteração de padrões inicialmente estabelecidos. Já a distribuição de bens resolve-se pela hierarquia de cada grupo ou estamento dentro do todo social. Historicamente, parece não haver dúvida quanto à vigência de sistemas de caráter tradicional desde os albores da vida no planeta até a Idade Moderna<sup>71</sup>.

Já no sistema de autoridade, também conhecido como centralizado, as decisões econômicas, pelo menos as de caráter básico (ou seja, ao menos as diretrizes fundamentais sobre o que, como e para quem produzir), são avocadas pelo poder político e nele centralizadas. Seu pressuposto é a crença na capacidade de previsão e de execução dos órgãos centrais de direção da economia e, negativamente, a descrença nas virtudes do sistema alternativo, de autonomia. Historicamente, há vários exemplos na Antiguidade e na Idade Média, como, p.ex., a própria economia feudal, dominada pelo senhor feudal. Exemplos mais recentes advêm da revolução russa de 1917 e da expansão de seu ideário pela Europa Oriental e vários países asiáticos, notadamente a China, além da América Latina, com Cuba<sup>72</sup>.

Por fim, quanto ao sistema de autonomia, também conhecido como sistema descentralizado, ou sistema de economia de mercado, seu pressuposto básico é a crença na capacidade coordenadora do mercado, a partir do princípio hedonista, o qual, sem se confundir propriamente com puro egoísmo, significa, tão-simplesmente, que o ser humano procurará obter o máximo proveito possível a partir do menor esforço que puder ser empregado para tanto; no fim, essa postura revela, apenas, uma grande racionalidade, visto

---

<sup>69</sup> "Em última análise, é para o equacionamento - não solução - daquelas três perguntas que se estruturam os sistemas econômicos, plasmando-se as instituições, as quais, por seu turno, configurarão os diversos ordenamentos jurídicos..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 99).

<sup>70</sup> Idem. p. 99-100.

<sup>71</sup> Idem. p. 100-5.



que, se os recursos naturais são limitados e as necessidades humanas, ao revés, são ilimitadas, faz sentido buscar obter dos recursos o mais alto retorno possível<sup>73</sup>.

O que vai ser produzido, nesse sistema, acaba sendo decidido pelos consumidores, desde que haja viabilidade econômica, para os detentores dos fatores de produção - ou seja, o preço final deverá superar os custos de produção e ser suportado pela massa consumidora<sup>74</sup>.

A essa questão liga-se a de como se dá a produção: mais uma vez, há plena aplicação do princípio hedonista, ou seja, nesse sistema, busca-se produzir o máximo possível com o menor dispêndio de recursos que seja considerado aceitável, isto é, observado o padrão de qualidade mínimo exigido pela massa dos consumidores<sup>75</sup>.

Por fim, a resposta à indagação de para quem se deve produzir também é dada pelo mercado: os mais ricos, ou seja, os detentores dos fatores de produção ou dos bens finais mais valorizados (os mais escassos) serão os destinatários preferenciais de tudo que puder ser produzido<sup>76</sup>.

Com uma análise um tanto distinta dessa que se desenvolveu até aqui, embora com ela guarde pontos de contato, colhe-se de Guillermo Alfredo Pose que os sistemas econômicos podem ser de "administração autônoma da economia", "administração mista da economia" ou "administração estatal da economia", conforme a maior ou menor presença do Estado no campo econômico<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> Idem. p. 106-13.

<sup>73</sup> "... O hedonismo nada mais vem a ser do que uma atitude segundo a qual o homem visa sempre a maximizar o resultado de suas ações e iniciativas... Num mundo caracterizado pela escassez de recursos, o hedonismo, também chamado de 'Lei da Maximização dos Resultados', corresponde, em sua essência, a uma atitude de racionalidade, pois se a capacidade produtiva de cada um e o suprimento dos fatores de produção aos quais se aplicará aquela capacidade são, ambos, por natureza limitados, nada mais racional do que tentar obter deles o mais alto retorno..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 114-5).

<sup>74</sup> Idem. p. 116-8.

<sup>75</sup> Idem. p. 118-9.

<sup>76</sup> Idem. p. 119-20.

<sup>77</sup> "Se pueden distinguir, así, una administración autónoma de la economía, en la cual la gestión es fundamentalmente privada, relegándose al Estado la función fundamental de resguardo del libre juego de los operadores económicos, con prestación directa de solamente los servicios esenciales indelegables; una administración mixta de la economía, que acentúa la participación estatal en los medios de producción, con interferencias directas y sustitutivas en los mecanismos del mercado; y, finalmente, una administración estatal de la economía, que ocurre en los estados autocráticos donde el gobierno sustituye totalmente al individuo y grupos intermedios, constituyéndose en el único gestor y ejecutor de las actividades, perteneciéndole por lo demás la titularidad de todos los medios de producción" (*In La intervención del Estado en empresas privadas*. Buenos Aires: Depalma, 1985, p. 1-2, *apud* DANTAS, Ivo. *Op.cit.*, p. 26).

Já Raymond Barre prefere falar em "tipos de organização econômica", que, para ele, são os de "economia descentralizada" e de "economia centralizada"<sup>78</sup>. No entanto, Barre, embora até chegue a utilizar a expressão "economia mista, ou de duplo setor"<sup>79</sup>, na realidade, acaba negando essa classificação ao anotar que tudo depende de a intervenção do Estado admitir, ou não, os mecanismos do mercado (os quais, aliás, reconhece serem imperfeitos): na primeira hipótese, haverá uma economia descentralizada; na outra, centralizada<sup>80</sup>.

Independentemente das classificações, contudo, o que se constata é que, no mundo de hoje, é o sistema da economia de mercado, nas linhas gerais antes descritas, o que prevalece, sendo que até os países da Europa oriental e outros asiáticos, que haviam aderido ao sistema de autoridade ou centralizado, estão migrando para esse primeiro<sup>81</sup>.

No entanto, esse sistema, na atualidade, como já se pôde perceber pela análise feita ao longo do capítulo anterior, não se pauta mais exatamente pelo mesmo paradigma liberal tal como havia sido ele concebido no início do liberalismo, no século XVIII.

Já não é mais admissível, até por força da necessidade de se garantirem efetivamente os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, além de que hoje se tem plena consciência acerca das deficiências do sistema (o qual, ao contrário do que se pensava a princípio, não obedece a uma *lei natural*, sempre apta a oferecer as melhores soluções a qualquer problema), que dito sistema seja deixado completamente descentralizado, sem qualquer interferência da organização política<sup>82</sup>.

<sup>78</sup> *In Economia política*. Rio de Janeiro/São Paulo: DIFEL, [s.d.], v. 1, p. 183-6.

<sup>79</sup> *Idem*, p. 187.

<sup>80</sup> *Idem*, p. 188.

<sup>81</sup> "Como decorrência direta, houve o abandono das concepções políticas anteriores. Em termos simplistas, pode-se lembrar a superação do modelo comunista do Leste Europeu, a modificação radical dos parâmetros político-econômicos do comunismo asiático e a prevalência de concepções capitalistas para o sistema econômico..." (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 120). No mesmo sentido: BARRE, Raymond. *Op.cit.*, p.194-6. E, como com muita acuidade observa Giovanni Sartori a respeito da queda do comunismo, ao fim do século XX: "... la victoria de la democracia sobre la dictadura comunista no se convierte automáticamente en el fin de todas las dictaduras: es una victoria a medias. Por el contrario, la 'victoria del mercado' sobre la planificación es abrumadora y sin retorno. La democracia ha ganado como principio de legitimidad: es mucho pero no lo es todo. Por el contrario, el sistema de mercado vence en todo: es una victoria completa..." (*Op.cit.*, p. 24).

<sup>82</sup> "... lo cierto es que el mercado en las modernas sociedades ha tenido que ser organizado y disciplinado por los poderes públicos por razones estrictamente económicas o para proteger intereses sociales desasistidos (trabajadores, necesidades colectivas ya que el mercado sólo refleja simples demandas y recientemente los derechos de los consumidores y usuarios). La autonomía de la voluntad y por lo tanto la empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de Derecho Público o Privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea..." (BASSOLS COMA, Martín. *Op.cit.*, p. 141-2). Cfr., ainda, nota 92, adiante.

De mais a mais, igualmente é fato, já reconhecido, que sempre o desenvolvimento de atividades econômicas ocorre dentro de algum dado quadro institucional, isto é, na realidade, sempre há decisões políticas subjacentes a qualquer sistema econômico, traduzidas pelas regras jurídicas que informam as instituições vigentes. É claro que tais decisões políticas podem ser no sentido de deixar, em maior ou menor grau, nas mãos de cada indivíduo as decisões econômicas referentes ao que, como e para quem produzir.

No entanto, como antes referido (no Capítulo 2) e neste ponto é importante ser enfatizado, merecem atenção as importantes contribuições desenvolvidas por economistas, que têm se dedicado ao estudo do ambiente institucional em que se processam as relações econômicas, bem como o impacto das instituições sobre a eficiência econômica<sup>83</sup>.

Em primeiro lugar, parece interessante destacar os trabalhos que evidenciam os custos que decorrem, entre outros fatores, das regras jurídicas e das decisões judiciais que se verificam no ambiente em que se desenvolve uma determinada economia<sup>84</sup>.

Com efeito, tanto na formulação de regras jurídicas, quanto em sua aplicação, as decisões adotadas, mesmo quando possuem objetivos sociais ou humanitários, por vezes, podem acarretar, isto sim, custos de transação econômicos que acabam conduzindo a resultados completamente opostos àqueles pretendidos pelos legisladores ou julgadores.

E, por surpreendente que possa parecer, grande parte dos operadores do Direito não possui uma consciência muito clara desses fenômenos.

---

<sup>83</sup> "Hasta hace muy poco tiempo, juristas y economistas se ignoraban mutuamente, pero en los últimos años las cosas están cambiando. Los economistas - algunos tan destacados como Hayek o Stigler - han prestado creciente atención al sistema institucional en el que la economía se mueve. Juristas de gran autoridad como Richard Posner han escrito páginas luminosas sobre el análisis económico del Derecho. Y alguno especialmente egregio como Ronald Coase, jurista de origen, ostenta el Premio Nobel de Economía, justamente por sus estudios sobre los derechos de apropiación y la eficiencia de las reglas del mercado. Hoy, todos hemos tomado conciencia de la estrecha relación entre el sistema económico y el sistema legal." (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. XLI).

<sup>84</sup> "Ronald Coase assinalou que só se obtêm os resultados neoclássicos de mercados eficientes quando não há custos de transação. Quando os custos de transação são consideráveis, as instituições passam a adquirir importância. Um conjunto de instituições políticas e econômicas que ofereça transações de baixo custo viabiliza a existência de mercados de produtos e fatores eficientes necessários ao crescimento econômico..." (NORTH, Douglas C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006, p. 9-10). "A idéia básica da teoria econômica é a de que o sistema legal constitui uma gigantesca máquina de preços... Quando a lei concede direitos ou impõe obrigações, ela torna o comportamento, de uma maneira ou de outra, mais barato ou mais caro" (FRIEDMAN, Lawrence M. *Two faces of law*. Wisconsin Law Review, n. 1, p. 13- 33, 1984, *apud* VELJANOVSKI, Cento. *Op.cit.*, p. 52-3).

Um exemplo que nos é dado da primeira hipótese antes aludida - reflexos de opções legislativas que acabam produzindo efeitos contrários àqueles que (pelo menos na retórica oficial) as inspiraram – nos é dado por Gaspar Ariño Ortiz, que menciona no ordenamento espanhol: 1º) a "Ley de Arrendamientos Urbanos" (a qual *protegia* de tal forma os inquilinos, que ninguém mais queria construir para alugar); 2º) a "Ley del Suelo de 1990" (que esvaziou o direito de propriedade sobre o solo e não assinava claramente os direitos de apropriação, paralisando, na prática, os negócios relacionados e levando à escassez do solo na Espanha); 3º) o "Impuesto de Sucesiones" (os herdeiros, para não o pagar, até que transcorra o prazo de prescrição, não fazem "declaración de herederos", nem vendem os bens imóveis). Segundo o autor, o resultado da combinação de todos esses regramentos legais é o altíssimo preço da moradia na Espanha<sup>85</sup>.

Na realidade, o grande desconhecimento de noções de economia é, em boa parte, o responsável pela aprovação de regras jurídicas que, posteriormente, não se revelam os meios mais adequados para o atingimento dos fins a que se propõem. Os estudos econômicos indicam que, quando se quer desincentivar uma determinada atividade econômica (p.ex., uma empresa que polui o ar e a água), ou promover outra (p.ex., escolas de ensino fundamental), mais eficaz que uma nova regra proibitiva (que exige uma estrutura de fiscalização e um aparato jurídico para a efetiva imposição de sanções, em caso de violação), é a utilização de instrumentos de incentivo, tais como impostos, subsídios ou autorizações negociáveis. Isso,

---

<sup>85</sup> Outro exemplo, aí decorrente da aplicação do Direito a um caso concreto, merece uma transcrição textual: "Imaginemos uma velha viúva com seis filhos. É dezembro, e o tempo está péssimo. Ela deixa de pagar a hipoteca de sua casa. O detentor da hipoteca, torcendo seu negro bigode, toma as medidas legais de praxe, atirando a família no frio da rua. A viúva alega pobreza total perante o juiz. Levantando-se de sua cadeira, o magistrado aponta para ela e seus filhos o caminho da rua. 'Vá embora', diz-lhe ele; 'seu argumento não me convence!' E o leitor poderá exclamar: 'Que horror!' 'Que nada', diz o economista. 'Veja o outro lado da medalha. Que aconteceria se o juiz permitisse à velha viúva ficar com a casa apenas porque lhe faltava dinheiro? Em primeiro lugar, os emprestadores de dinheiro futuramente ficariam relutantes em emprestar para velhas viúvas com filhos. Não quero sugerir que deixassem completamente de emprestar; eles apenas se tornariam mais cautelosos nos casos marginais. O custo agregado para o grupo de senhoras idosas proprietárias provavelmente seria maior do que o custo pago pela viúva que foi despejada. Isto é, o valor agregado das casas dessas proprietárias (conhecido como sua riqueza) cairia e elas seriam obviamente prejudicadas'. 'Além disso, considere-se o efeito daquela decisão judicial na motivação de velhas viúvas. Conscientes de que o não-pagamento de suas dívidas seria visto sem complacência, elas teriam menos incentivo para deixar de cumprir seus compromissos. Poderiam começar dando um pedaço ocasional de frango a seus filhos, ou mesmo servindo-lhes um pedaço de carne de tempos em tempos. Esse tipo de prodigalidade tenderia a gerar ainda menos crédito financeiro, à medida que aumentasse o índice de inadimplência. Um número crescente de senhoras faltosas seria rejeitado pelo mercado financeiro, até que nenhuma viúva pudesse hipotecar sua casa para conseguir o capital necessário para iniciar um ateliê de costura que a tirasse (a ela e seus filhos) da pobreza. O que você pretendeu dizer com 'que horror'? O que você tem contra viúvas e órfãos?" (LEFF, Arthur. *Economic analysis of law: some realism about nominalism*. Virginia Law Review, v. 60, p. 460, 1976, *apud* VELJANOVSKI, Cento. *Op.cit.*, p. 53-4). A par do exagero de designar de "prodigalidade" o oferecimento de um pouco de proteína animal aos próprios filhos, e sem querer, entrar no mérito do acerto ou desacerto do ponto de vista jurídico, de uma decisão como a acima mencionada, há que se reconhecer que, inevitavelmente, decisão em sentido contrário produziria,

porém, muitas vezes não é bem compreendido quer pelo público, quer pelos legisladores, quer pelos juristas<sup>86</sup>.

Ademais disso, além do fator mero desconhecimento das *leis* econômicas e daquilo que efetivamente leva à maior ou menor eficiência, também merecem atenção os aportes advindos da "Public Choice School", a qual, como rapidamente aludido no Capítulo 2, notabilizou-se por analisar, a partir do pressuposto do "homem econômico", a atuação de políticos, burocratas e grupos de interesse, demonstrando que se há "falhas do mercado", certamente também há as "falhas do governo".

Ao contrário da visão algo ingênua que dominou o pensamento político até boa parte do século passado, de vislumbrar o Estado como um ente superior e que expressaria *naturalmente* a vontade geral, o grande mérito dos membros da "Public Choice" está em abandonar esse romantismo e partir para uma postura mais crítica e realista<sup>87</sup>, perquirindo as

---

no mercado, o tipo de reação descrito. Do ponto de vista estritamente econômico, a análise feita está correta.

<sup>86</sup> Confira-se o trabalho de Bruno S. Frey (*Op.cit.*), a partir da pág. 240. Destacam-se, exemplificativamente, os seguintes trechos de sua exposição: "As autorizações negociáveis raramente são usadas na política econômica prática. Elas enfrentam a resistência daqueles potencialmente afetados, provavelmente porque eles sabem que elas são eficazes como forma de influenciar o comportamento. Há também uma certa descrença com relação à introdução do sistema de preços em novas áreas, em parte porque o público com frequência não entende o modo como os preços influenciam o comportamento. Haverá forte resistência contra as autorizações, especialmente, por parte do serviço público, que teme perder as condições de intervir na economia, com a resultante perda de sua influência... A intervenção direta através de regulamentações públicas só será eficaz se for garantida a ação em todos os cinco passos (formulação da regulamentação, controle das regulamentações, denúncia, condenação e punição) e se a punição efetivamente esperada for maior que a utilidade obtida pela violação de uma regra. Os indivíduos e empresas fazem um cálculo custo/benefícios antes de violarem a regra. Frequentemente, a vantagem da violação é imediata e claramente visível, enquanto os custos esperados são incertos, pois é duvidoso que sejam efetivamente realizados os cinco passos que levam à punição efetiva. O resultado normal será que as regras não serão seguidas de modo muito perfeito, mas, a depender das circunstâncias específicas, que sejam observadas apenas em alguma medida. A noção comumente mantida de que basta legislar é certamente errônea; a existência de uma lei não assegura o respeito a essa lei, nem que ela venha a ter o efeito desejado sobre o comportamento..." (p. 255-9).

<sup>87</sup> "... dessume-se o itinerário da mudança verificada na maneira de encarar o 'modus operandi' do subsistema público de tomada de decisões econômicas: do enfoque harmonioso e otimista, predominante até meados do século passado, para uma visão mais realista das inoperacionalidades, dos vieses e da vulnerabilidade daquele processo decisório, o que parece particularmente significativo pelo fato de tal alteração de perspectiva não ter decorrido de nenhuma reviravolta política, nem de qualquer impacto maior de cunho ideológico, mas de uma análise e reflexão bastante percucientes sobre como realmente as coisas se passam ou podem se passar na esfera pública. O comportamento de legisladores e de burocratas, a ação dos grupos de interesse e as possíveis ciladas dos processos eleitorais, tudo isso veio pôr a nu uma realidade até há pouco insuficientemente pesquisada e, menos ainda, compreendida. Com efeito, a teoria da legislação baseada no puro interesse público não partia de bases analíticas, empiricamente demonstráveis, e nem de padrões comportamentais aptos a gerarem instituições adequadas à sua coerência e plena legitimidade. Correspondia mais a um pressuposto, a uma diretriz, a uma hipótese de trabalho, sem dúvida plausível como ponto de partida para lastrear a presença estatal, quando ela ainda era bem menos marcante, revelando-se, porém, pelo menos incompleta, por nunca ter chegado a demonstrar por quais mecanismos poderia um corpo de legisladores ou um conjunto de administradores públicos chegar à noção precisa e infosismável do que pudesse constituir o interesse coletivo. Carente de embasamento institucional, não ensinava formas mais automáticas e diretas para a revisão ou controle das decisões tomadas, nem para o escrutínio de critérios a tê-las presidido." (NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma codificação do*

motivações e os efetivos resultados da atuação quer dos políticos (que, não se pode esquecer, buscam, via de regra, em primeiro lugar, sua própria recondução/manutenção no poder)<sup>88</sup>, quer dos burocratas (que, por sua vez, buscam a ampliação ou, pelo menos, a manutenção de seu próprio *status*)<sup>89</sup>, quer dos grupos de interesse (os quais buscam benefícios próprios, sendo que, geralmente, os que acabam prevalecendo são os dos grupos mais coesos e com objetivos mais específicos, não representando, necessariamente, a maioria da população ou o bem-comum)<sup>90</sup>.

Entretanto, como já assinalado anteriormente, refoge ao escopo do presente estudo o aprofundamento de todos esses diversos aspectos trazidos a lume pelo trabalho de renomados economistas. Apenas, o intuito aqui, reenfatize-se, é trazer uma rápida síntese da mais ou menos recente produção intelectual nessa área, num esforço de contextualizar as reformas estruturais por que tem passado o Estado brasileiro, evidenciando que o fenômeno, na realidade, decorre de vários influxos e é de ordem mundial.

E o que ressaí de todas essas considerações é que, no mundo contemporâneo, os Estados têm, sim, mais do que meramente intervindo na economia (de forma pontual ou esporádica), atuado de maneira constante, global e sistemática sobre a economia<sup>91</sup>.

---

*direito econômico. Op.cit.*, p. 119-20).

<sup>88</sup> Interessante, p.ex., a noção de "ciclo de negócios político": "O governo imporá variações sobre o nível de gastos públicos e de impostos, ao longo do tempo, segundo formas previsíveis. Se o governo estiver confiante em ser reeleito, ele implementará uma política ideologicamente motivada, sendo mais comum que o faça imediatamente depois que chegar ao poder. Desta forma, para dar um exemplo, os governos de esquerda aumentam seus desembolsos e nacionalizam empresas de acordo com seu programa partidário; os governos de direita, por sua vez, tentam reduzir o nível de gastos públicos e combatem a inflação. Se os políticos estiverem temerosos de perder uma eleição vindoura por causa de seus baixos níveis de popularidade, eles implementarão uma política expansionista à medida que se aproximar o dia da eleição. (Isso só não ocorrerá se a taxa de inflação for extremamente alta, levando os eleitores a se colocarem a favor de uma política deflacionária). Esse comportamento tem como resultado a produção deliberada de um 'ciclo de negócios político'..." (FREY, Bruno S. *Op.cit.*, p. 99).

<sup>89</sup> "... As burocracias públicas têm a tendência de tentar aumentar o orçamento colocado à sua disposição ('maximização do orçamento') e de assegurar para si mesmas um terreno em que possam agir a seu bel-prazer. Os membros da administração pública (servidores civis) têm pouco incentivo para agir eficientemente; é mais importante, para eles, manter as regras formais. As comparações empíricas entre as instituições de caráter público e as instituições de caráter privado sugerem que as empresas expostas à competição produzem a um custo menor que o das empresas públicas..." (Idem, p. 110).

<sup>90</sup> "Os interesses econômicos da população são representados apenas parcialmente pelos grupos de pressão na política cotidiana. Embora algumas exigências possam ser introduzidas efetivamente por intermédio de grupos fortemente estruturados, os interesses de outros grupos da população são difíceis ou mesmo impossíveis de organizar. Conseqüentemente, a influência política dos vários segmentos da população varia consideravelmente. Já se chamou a atenção para o fato de que os interesses dos fornecedores de bens e de trabalho são dominantes em comparação com os interesses dos consumidores e contribuintes..." (Idem, p. 131-2).

<sup>91</sup> No Capítulo 3, contudo, já se havia, "en passant", referido que, na realidade, na prática, houve muito pouco liberalismo econômico propriamente dito. Portanto, a rigor, há de se reconhecer que a atuação do Estado sobre a economia sempre se fez presente. Nesse sentido, colhe-se de BARRE: "... É preciso também se perguntar se o papel econômico do Estado não se manifestou sempre na vida econômica e se o liberalismo puro, com que se

Como demonstrado anteriormente, nos últimos anos, tem havido, um sensível refluxo quanto à presença direta do Estado na economia, em escala global. Isto é, uma vez que o Estado foi considerado um empresário ineficiente, as diversas empresas estatais têm sido objeto de privatizações, serviços que eram considerados como públicos foram transferidos para a iniciativa privada, além de que determinados setores da economia têm sido alvo de desregulamentações.

Mas isso não significa que o Estado haja se retirado completamente do campo econômico. Pelo contrário, sua presença, hoje, faz-se tão ou mais necessária do que o foi ao longo do século XX. Apenas, as formas pelas quais ela ocorre é que mudaram<sup>92</sup>.

---

gosta de caracterizar o século XIX, não é simplesmente uma visão imaginária ou uma deformação interessada da história? O Estado sempre recolheu impostos, ou seja, modificou os circuitos privados dos fluxos de moeda e dos fluxos dos bens e serviços. Sempre estabeleceu normas alfandegárias e legislação protetora do trabalho. Sempre exerceu o arbítrio porque não pode, por definição e vocação, ignorar as regras do interesse geral e do bem comum. Mesmo quando pretende desinteressar-se da vida econômica, o Estado intervém, porque permite que a vida econômica se processe. (É como o pecado: existe intervenção por ação e intervenção por omissão). Não representa ele, aliás, constantemente, grupos sociais ou políticos que exercem momentaneamente o poder? A democracia liberal do século XIX foi principalmente uma 'democracia de proprietários', que entende por igualdade 'a supressão de toda a desigualdade, com exceção da que provém de uma distribuição desigual da riqueza' (E. Carr, 'Les conditions de la paix', Genebra, 1944, p. 19). O liberalismo transforma-se então numa máscara, atrás da qual os interesses econômicos dominantes aproveitam o poder político e o utilizam para seus próprios fins." (*Op.cit.*, p. 124-5). "Em tais condições, a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, trai, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um seu agente e um habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto. Daí as diversas expressões para caracterizar o novo estado de coisas: economia social de mercado, economia dirigida, economia de comando parcial e tantas outras. O Prof. Camargo Vidigal, após uma análise das principais, conclui por uma denominação feliz: economia de iniciativa dual. Esta caracteriza, com maior propriedade, os chamados 'sistemas mistos' da atualidade, tal como vêm referidos em boa parte da literatura, sobretudo anglo-americana e francesa..." (NUSDEO, Fábio. *Op.cit.*, p. 186).

<sup>92</sup> "La intervención del Estado en la economía surge — se ha dicho siempre - de las ineficiencias o los fracasos del mercado. Nadie defiende hoy la vuelta al puro 'laissez faire', nadie pretende un Estado mínimo ('the less government, the better') sin matización alguna. De lo que se trata, justamente, es de asegurar el 'orden de la competencia' y llevar a cabo aquellas intervenciones estatales que contribuyan a defender, a asegurar y, en algunos casos, a recrear el mercado. Ahora bien, hay tareas que no pueden organizarse eficientemente a través del mercado; y se citan tradicionalmente cuatro supuestos: monopolios naturales, estructuras de mercado no competitivas (monopolio de hecho, abuso de posición dominante, distribución asimétrica de la información, etc...), bienes públicos y externalidades. Ésta es una primera justificación: los 'fracasos del mercado'. La segunda son criterios de 'equidad en la distribución' de los bienes producidos, cuando el puro criterio económico-capitalista (aportación realizada al proceso productivo medida según el mercado) conduce a desigualdades crecientes... Pero ocurre que en la articulación de los mecanismos a través de los cuales se concreta esta distribución, las cosas se complican, pues el Estado, en este proceso de distribución, no actúa como un 'Deus ex machina' de carácter angélico que bajara del cielo para cortar todos los nudos del argumento y disponer un final feliz' (Schwartz, 1978). Resulta, por el contrario, que el Gobierno y la Administración están sometidos (y ocupados) por la influencia de grupos de interés contrapuestos (grupos de presión civilizados, si hay suerte, o grupos de luchas más o menos revolucionarios, si no lo hay) entre los cuales el acuerdo no es fácil. Estos procesos de 'distribución' dan lugar a nuevos e inesperados marginados: aquéllos que no se encuentran encuadrados en ningún grupo, o en grupos de escasa cohesión y poca capacidad reivindicativa; éstos quedan al margen de la negociación y del reparto. El interés público, la justicia distributiva y el interés sectorial de grupos

Talvez seja o caso, simplesmente, de admitirmos que o que prevalece, no mundo de hoje, é o sistema da economia de mercado; porém, revisto<sup>93</sup>. As três questões básicas que compõem o chamado "problema econômico" continuam a ser solucionadas, fundamentalmente, da mesma forma que sempre caracterizaram o sistema da economia de mercado (o que, como e para quem produzir permanecem sendo decididos, respectivamente, de forma geral, pela massa dos consumidores; com o menor custo possível, dentro do padrão de qualidade definido pelos consumidores; e para quem puder pagar).

O que parece ter mudado é o pressuposto de ordem psicológico-comportamental do sistema: ainda é o princípio hedonista o responsável pela maior racionalidade econômica, ou seja, mantém-se a convicção de que cada ser humano, em sua luta pela sobrevivência, busca obter o melhor resultado possível, dentro de suas limitações, decorrente de suas ações e iniciativas. Continua-se a aceitar que seja essa a postura que conduz à maior eficiência econômica<sup>94</sup>.

---

y organizaciones sociales no coincide en absoluto y, en definitiva, la corrección de las 'fuerzas políticas' que pueden ser tan injustas o más que aquéllas. Como ha escrito Buchanan, 'tampoco resulta evidente la eficacia de las correcciones distributivas ejecutadas a través del procedimiento político... Podrá corregir algunas injusticias pero engendra otras'. Así pues, no se puede sin más, concluir que los fallos del mercado justifican la actuación gubernamental si al mismo tiempo no se hace un análisis de 'los fallos del Gobierno', tema al que ha dedicado su atención en los últimos años la escuela de la 'Public Choice'. Una de sus principales conclusiones es que el proceso político conduce en ocasiones a una asignación de recursos absolutamente ineficiente, que las luchas entre los grupos del mercado político son iguales o peores que las tensiones del mercado económico, que muchos de los llamados 'servicios sociales' son puros instrumentos de captación electoral, que los grupos burocráticos y sindicales a través de los cuales se 'redistribuye riqueza' son los verdaderos beneficiarios de ésta y que solamente en algunas circunscripciones o Estados nacionales en que por su dimensión o su tradición es posible acudir a la vía del referéndum, las decisiones responden realmente a la conveniencia de la mayoría. Por el contrario, cuando se otorgan plenos poderes a las mayorías de representantes, ninguna garantía hay de decisiones 'justas' (las mayorías esquilman a las minorías - cada vez vive más gente a costa de menos gente - como supuestamente, en el mercado económico, los ricos explotan a los pobres). Concluyamos, pues, afirmando que el Gobierno, en abstracto, no es sin más la solución. Hay que concretar un poco más y preguntarse: ¿cuál es el tipo de actuación gubernamental, dentro de los posibles, que resultará el más adecuado para corregir los fallos del mercado?... En una lección anterior expusimos las formas clásicas de intervención del Estado en la economía, a saber, policía y regulación económica, fomento, servicio público, planificación y actuación arbitral, y finalmente concluíamos con las tendencias actuales, que constituyen una reformulación de las distintas formas de actuación del Estado en la economía. Afirmábamos que del Estado productor se debe pasar al Estado regulador; y del Estado prestador al Estado regulador y financiador..." (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 276-80).

<sup>93</sup> Nesse sentido, as seguintes afirmativas de Fábio Nusdeo: "... toda essa variegada gama de ação estatal significa uma parcela mais do que ponderável das decisões sociais envolvendo, direta ou indiretamente, a economia, a se subtrair aos mecanismos de mercado e, portanto, ao seu modelo comportamental e à sua estrutura de controle. Isso significa constatar ter-se esvaído todo o conteúdo de automatismo sonhado para o sistema. Ele continua liberal, em tese, mas sem quase nada em comum com o que se entendia por liberalismo quando de sua instituição..." (*In Fundamentos para uma codificação do direito econômico. Op.cit.*, p. 33-4).

<sup>94</sup> Essa crença na eficiência econômica a partir da economia de mercado pode ser conferida, p.ex., em BARRE, mesmo admitindo ele a larga atuação estatal dirigida à economia: "O Estado está sempre presente na atividade econômica. Mas as características de sua intervenção é que são aqui decisivas (referindo-se às economias de tipo descentralizado): - a intervenção é, em primeiro lugar, indireta, ou seja, respeita a liberdade de decisão dos que procuram e dos que oferecem e a liberdade de formação dos preços. É claro que o Estado pode influenciar essas



No entanto, reconhece-se, hoje, a necessidade — permanente — de decisões político-estatais introduzirem limites às escolhas pautadas exclusivamente pelo princípio hedonista, que acaba não resolvendo ou dando conta de todos os problemas que decorrem do sistema de mercado<sup>95</sup>.

Conquanto hoje se tenha uma consciência mais nítida das diversas ineficiências do sistema público ("extra-mercado" ou "meta-mercado"<sup>96</sup>), graças especialmente aos estudos da escola da "Public Choice", o fato é que não se conseguiu, até hoje, chegar a um outro regime político<sup>97</sup> melhor que o das democracias modernas do mundo ocidental.

E, como já ressaltado no Capítulo 2, em que pese a política e a economia estejam intrinsecamente relacionadas (pois, como já dito, inexistente atividade econômica que se desenvolva fora de um determinado quadro institucional, definido por opções políticas adrede adotadas e, por outro lado, alterações nas relações econômicas, provocadas, p.ex., por avanços tecnológicos, acabam influenciando a própria política, se exigirem novas instituições ou alterações nas já existentes), o poder político não se confunde com o poder econômico. Aquele, e não este, é que permite a participação democrática.

---

liberdades através da política financeira, monetária ou social. Mas a liberdade de disposição dos sujeitos econômicos, em última instância, não é eliminada. A economia é apenas orientada; - a intervenção é, ao mesmo tempo, global: não penetra no detalhe do mecanismo econômico. Age sobre 'as grandes linhas' (Tinbergen) da atividade econômica: condições de distribuição, nível de demanda global, regras de uma concorrência razoável. Em síntese, a intervenção do Estado não quebra a elasticidade do mercado, que mesmo com imperfeições aparece como o melhor meio de determinar as atividades. 'Por mais imperfeito que possa ser - escreve F. Perroux — o mercado tem o mérito de manter algum contato entre os produtos e as preferências dos compradores e consumidores. Por mais desviado e orientado que seja, o ajuste dos preços salvaguarda de algum modo a liberdade das partes. Por mais criticável que seja, econômica e moralmente em alguns casos particulares, o lucro ainda é o estímulo e a sanção mais prática e menos dispendiosa que pôde ser posta em prática numa economia realizada' ('O capitalismo', Difel). O Estado procura, pois, proteger o mercado, antes melhorá-lo que destruí-lo. Por isso fala-se freqüentemente de 'intervenção conforme', ou seja, que respeita a lógica interna da economia de mercado e de empresa" (*Op.cit.*, p. 184-5).

<sup>95</sup> "Diversos institutos jurídicos que antes acentuavam a iniciativa do indivíduo, nas relações também interindividuais, deixaram sua primeira conformação para adquirir feição nova, em que prevalecem os contornos macroeconômicos, o interesse da coletividade inserido num contexto de política econômica promovida pelo Estado. Este assume uma atitude 'promocional', quer sobre as próprias atitudes, quer também sobre a atuação da 'empresa', que passa a fazer girar a atividade individual em torno de um centro de interesse global. Muda-se até mesmo o enfoque dentro do qual os interesses e sua promoção eram anteriormente vistos. Adam Smith (...) partia do pressuposto de que o bem-estar dos indivíduos, promovidos por estes até seus extremos, levaria fatalmente ao bem-estar da coletividade. O direcionamento do direito atual altera a perspectiva, para afirmar que a promoção do bem-estar da coletividade, sem afastar a colaboração do indivíduo, levará inarredavelmente à consecução e concretização do bem-estar dos indivíduos integrados na coletividade." (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Op.cit.*, p.31-2).

<sup>96</sup> Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 28 e ss.

<sup>97</sup> Cfr. a noção de regime político em SILVA, José Afonso da. *Op.cit.*, p. 109 e ss.

É preciso que se assente com clareza que as empresas, grandes ou pequenas, buscam fundamentalmente o lucro. Nessa perseguição, geram riquezas, impulsionam avanços tecnológicos e, mesmo, científicos. Mas não são elas o ambiente propício para as discussões democráticas; não é no seio delas que o ser humano pode encontrar a realização de sua essência (ou dimensão) política, tampouco obter a definição dos direitos humanos fundamentais ou, mesmo, na maior parte das vezes, alcançá-los à generalidade da população.

Sem decisões políticas, instrumentalizadas em regras jurídicas, corre-se o risco de a busca cega pelo lucro causar desastres ambientais, desemprego em massa, produtos que causem danos à saúde das pessoas, etc. - todos resultados que, ao que parece, não são desejados num mundo democrático<sup>98</sup>.

Portanto, também sob este ângulo de análise, afigura-se indispensável a atuação do Estado sobre a economia, pois é o Estado quem possui as instituições - apesar de suas imperfeições - em que pode, adequadamente, desenrolar-se o jogo político-democrático, onde legitimamente se podem fazer as escolhas que limitarão e/ou direcionarão a economia<sup>99</sup>.

Veja-se que as construções brevemente mencionadas ao longo do presente trabalho levadas a efeito por Ronald Coase, James Buchanan e tantos outros, partem do modelo do homem econômico e focam o objetivo de alcançar-se a eficiência econômica (melhor

---

<sup>98</sup> Seja a democracia vista sob um prisma voluntarista/decisionista (democracia plebiscitária) ou voluntarista/normativista (democracia procedimental), ou, ainda, vinculada à idéia de razão prática (democracia deliberativa), conforme BARZOTTO, Luis Fernando. *Op.cit.* Parece correto afirmar que, seja qual for a concepção ou modelo de democracia de que se cogite, tais como os antes mencionados, levando em conta que a democracia é o regime onde, sempre, se pretende que a vontade, o interesse ou as razões do maior número possível de pessoas, prevaleça na elaboração das leis, não há dúvida de que refoge à democracia a adoção de determinados comportamentos por empresas (ou grupos delas) que acarretem ônus sociais não assumidos (queridos, do interesse ou racionalmente deliberados) pela maioria dos cidadãos. De qualquer sorte, o que importa assentar é que a participação democrática desenrola-se no campo político, e, não, no econômico.

<sup>99</sup> Como bem o apercebem os próprios economistas: "... historicamente prosperidade está ligada a arranjos institucionais nos quais o Estado é mantenedor e não gestor da ordem econômica. Mas não é qualquer arranjo institucional que produz prosperidade. Para que o processo social impessoal de coordenação econômica, que gostamos de chamar de mercado, possa gerar desenvolvimento econômico, é necessária a presença de um conjunto especial de instituições jurídicas e econômicas. A ausência ou a deficiência dessas instituições produz mercados ineficientes e atraso econômico, criando condições políticas que acabam induzindo o Estado a se imiscuir de forma ainda mais ativa na ordem econômica..." (FONSECA, Odemiro. Apresentação da 1ª edição (1994) da obra *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*, de NORTH, Douglas C. *Op.cit.*). "As instituições são formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas, o que não significa implicitamente que os resultados serão eficientes, no sentido dado a esse termo pelos economistas. A questão é tanto o significado da racionalidade como as características das transações, que impedem que os atores atinjam, em conjunto, o resultado ideal de um modelo de custo de transação zero... Em linhas gerais, os estados democráticos e as economias de mercado descentralizadas e com regimes de direitos de propriedade bem definidos e aplicados são o que mais se aproxima hoje de um arcabouço institucional eficiente, do ponto de vista da adaptabilidade..." (NORTH, Douglas C. *Op.cit.*, p. 17-21).

aproveitamento possível dos escassos recursos naturais disponíveis para o atendimento das infinitas necessidades humanas). Não se pode criticá-los por assim o fazerem, visto que estão no âmbito da Ciência Econômica que é justamente aquela que se ocupa das questões relativas à sobrevivência e/ou melhoria da qualidade material da vida humana.

Assim como a política pode ser compreendida como a dimensão humana que trata das relações de poder entre os homens - e sua lógica pode ser apreendida sem necessidade de averiguações éticas - a economia também pode, em si, ser estudada sem maiores análises ou considerações éticas.

Como repetidamente afirmado desde o início, política, economia e ética são três das dimensões do humano, as quais, embora profundamente inter-relacionadas no cotidiano, em si, não se confundem umas com as outras.

Já o direito, contudo, conforme Julien Freund, decorre da conjunção da política com a ética. Afinal, o que mais são as regras jurídicas - pelo menos na tradição do direito romano-germânico - do que resultantes do jogo político a partir de escolhas éticas? Ou, em outras palavras, o que são as regras jurídicas senão valorações dos fatos do mundo, a partir da resultante do poder de quem pode ditá-las?

Portanto, embora possa ser extremamente útil ao direito tomar em consideração o postulado da eficiência econômica, a menos que se chegue ao extremo de afirmar que esse é único valor que importa, parece que esse dado continuará a não ser o único determinante para a formulação de normas jurídicas.

E nesse sentido deve-se dar razão a M. Welzer quando afirma: "*... o mercado é uma zona da cidade e não a cidade toda...*"<sup>100</sup>

Destarte, embora não haja dúvida de que a adoção desta ou daquela norma jurídica, a atuação neste ou naquele sentido por parte do Estado, sempre acarretem consequências econômicas, razões éticas podem sim justificar que sejam preferidas determinadas soluções, ainda que não sejam elas as mais eficientes possíveis do ponto de vista exclusivamente

---

<sup>100</sup> *Apud* RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Op.cit.*, p. 90.

econômico<sup>101</sup>.

P.ex., ninguém há de querer argumentar, na base de considerações exclusivas de eficiência econômica, acerca da viabilidade de se admitir o tráfico de drogas ou o de pessoas.

No entanto, quando houver alternativas igualmente aceitáveis, do ponto de vista ético, por que não levar em conta as considerações de eficiência econômica e optar por aquela que se revele a mais eficiente? A racionalidade o recomenda. Neste sentido, seria muito importante que os juristas em geral, sem falar nos legisladores e no próprio público fossem melhor informados a respeito das *leis* da economia.

E, mesmo que não o sejam, apesar de todas as "falhas de governo", ainda parece melhor reservar o espaço da discussão democrática a desenrolar-se em instituições estatais, para a definição do contorno institucional de uma determinada comunidade de seres humanos.

Neste sentido é que se fala no reconhecimento, hoje, da imprescindibilidade da atuação do Estado em relação à economia. Mas, agora, talvez não seja, mesmo, o mais indicado falar-se em "sistemas mistos", como indicado linhas atrás, e sim, antes, no próprio sistema de economia de mercado revisado, ou, então, num novo tipo de sistema que, partindo dos princípios básicos do sistema de mercado, introduz-lhe uma série de novos parâmetros, mediante o reconhecimento da atuação do Estado como condutor da política econômica (agente normativo e regulador), como fiscalizador, como fomentador da economia e como planejador de sua própria atuação<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Veja-se que não se está aqui pretendendo chegar a qualquer espécie de absolutismo moral. Apenas, o que se está a fazer é reconhecer que as comunidades humanas possuem, sim, parâmetros éticos que se expressam por meio do direito que produzem, pois há uma ética dominante em cada cultura, em cada tempo.

<sup>102</sup> Confirmam-se, ainda, as observações de BARRE sobre as formas de intervenção do Estado e o planejamento indicativo nas modernas economias descentralizadas (*Op.cit.*, p. 187-94).

## PARTE II - ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

### 5. As classificações da atuação do Estado brasileiro perante a Economia

Como há muito já se disse: "*as classificações não são certas ou erradas, mas úteis ou inúteis*"<sup>103</sup>.

Sendo assim, a intenção, neste Capítulo, não é construir um entendimento completo e acabado sobre todas as formas de atuação do Estado brasileiro perante a economia, mas, sim, apresentar, ao final, uma classificação que seja o mais compreensiva de tal fenômeno e apta a evidenciá-lo com a maior clareza possível.

Antes, porém, perpassemos algumas das classificações usualmente apresentadas em doutrina.

Nesse sentido, bem interessante é o apanhado feito por Washington Peluso Albino de Souza, que refere várias dessas classificações<sup>104</sup>. Porém, de todas por ele lembradas, interessam ao escopo do presente trabalho destacar, apenas, as duas últimas, quais sejam:

- A de Eros Roberto Grau, para quem a intervenção do Estado pode ser<sup>105</sup>:
  - *no* domínio econômico, que admite duas subespécies:
    - por *absorção*; ou
    - por *participação*<sup>106</sup>;
  - *sobre* o domínio econômico, que também admite duas subespécies:
    - por *indução*; ou

<sup>103</sup> CARRIO, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, [s.d.], p. 99, apud SCAFF, Fernando Facury. *Op.cit.*, p. 46.

<sup>104</sup> *In Primeiras linhas de direito econômico*. *Op.cit.*, p. 328 e ss.

<sup>105</sup> Cfr., ainda, o próprio Eros Grau, *in Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

<sup>106</sup> Em apertada síntese, pode-se dizer que a intervenção do Estado *no* domínio econômico, segundo esse autor, ocorre quando o Estado atua como se fosse um agente econômico, por absorção, em regime de monopólio, e por participação, quando atua ao lado de outros agentes econômicos no mesmo setor.

– por *direção*<sup>107</sup>.

- a considerada *tradicional*, que divide a intervenção do Estado em relação à economia em:
  - *direta*, quando o Estado atua diretamente como um empresário;
  - *indireta*, ou seja, "aquela que se realiza por meio da legislação regulamentadora, bem como a reguladora, em todos os níveis de instrumentos jurídicos (leis, decretos, circulares, portarias, avisos e assim por diante)<sup>108</sup>".

Como se pode ver, tais classificações coincidem em parte, sendo que a proposta por Eros Grau, na realidade, é mais detalhada que esta última.

Por sua lucidez, convém, igualmente, neste ponto, aludir às considerações lançadas por Gaspar Ariño Ortiz quanto aos tipos de regulação e de atividade na ordem jurídico-econômica<sup>109</sup>. Para esse autor, há três espécies de regulação:

- regulação básica e geral, pública e privada da atividade econômica<sup>110</sup>;
- regulação administrativa geral de polícia e bom governo<sup>111</sup>;
- regulação econômica em sentido estrito<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> Também em apertada síntese, pode-se dizer que a intervenção do Estado *sobre* o domínio econômico, ocorre quando o Estado atua como emanador de normas com a função de ordenar o processo produtivo, mas não de participar dele. A direção se dá pelas normas que prevêm um determinado comportamento a ser praticado, sob pena de aplicação de alguma sanção. Já a indução ocorre por meio de normas que estimulam ou desestimulam uma atividade econômica por meio de aumento ou diminuição de tributação, taxas de juros, e outros mecanismos, mas não impõem necessariamente sanção ao agente econômico que não atender à indução.

<sup>108</sup> *In Primeiras linhas de direito econômico. Op.cit.*, p. 330.

<sup>109</sup> *Op.cit.*, p. 231-3.

<sup>110</sup> Regulación básica y general, pública y privada de la vida social y económica. Son normas aprobadas por los Estados y que regulan con carácter general la vida social y privada, por ej., el Código Civil, Código Penal, Código de Comercio, leyes mercantiles, fiscales, laborales, normas procesales. Son el marco jurídico general de los intercambios, imprescindible para la garantía y buen orden de la libertad" (Idem, p. 231).

<sup>111</sup> Regulación administrativa general de policía y buen gobierno. Son normas externas a la actividad que limitan el ejercicio de los derechos para hacerlos compatibles con los derechos de los demás. Por ej., normas de seguridad, de salubridad, de tráfico, de policía industrial, de protección de la naturaleza. Se limitan, pero no se configuran internamente las actividades que regulan: no determinan producciones, ni mercados, ni precios, ni modalidades de servicios. El mecanismo típico es la autorización, licencia o permiso, con la característica de que estos actos son reglados: todo el que reúne determinadas condiciones se le otorga la licencia o autorización solicitada, sin apreciación discrecional por la Administración" (Idem, p. 231).

<sup>112</sup> "Regulación económica en sentido estricto (antes denominado 'intervencionismo administrativo', u 'ordenación económica'). Recae sobre determinadas actividades que tienen particular relevancia en la vida social o que presentan 'fallos del mercado', por lo que es imposible el buen funcionamiento del mercado sin regulación (...) Instrumento típico de esta regulación es la autorización conformadora y discrecional y la concesión administrativa" (Idem, p. 231-2).

Já as atividades desenvolvidas na ordem econômica a partir desses tipos de regulação a que podem elas ser submetidas, podem ser classificadas em:

- atividades livres<sup>113</sup>;
- atividades submetidas a regulação econômica, que, por sua vez, subdividem-se em três subespécies:
  - atividades regulamentadas<sup>114</sup>;
  - atividades declaradas expressamente como serviços públicos<sup>115</sup>;
  - nacionalização da atividade<sup>116</sup>.

Vistas essas contribuições doutrinárias, passe-se à consideração de alguns desdobramentos delas.

Como se destacou precedentemente, o termo *intervenção* trai uma concepção liberal de que só excepcionalmente o Estado interfere na vida econômica, cujas relações *naturalmente* incumbem ao setor privado, sendo regidas por normas do Direito Privado, consistindo numa anomalia, às vezes admissível, consentida, a intromissão do Estado nesses assuntos.

Mas, também como já demonstrado ao longo do presente trabalho, tal concepção, em que pese o emprego, ainda, hoje, do termo *intervenção*, encontra-se há muito superada.

Conforme muito bem apreendido por Gaspar Ariño Ortiz, mesmo as atividades livres desenvolvidas na ordem econômica, ou seja, aquelas em que o princípio da liberdade de empresa apresenta-se em seu máximo alcance, estão sujeitas à observância de dois tipos de

---

<sup>113</sup> "Actividades libres: unicamente están sometidas a la regulación básica y a la regulación administrativa general (de policía). En ellas la libertad de empresa adquiere su máximo alcance" (Idem, p. 232).

<sup>114</sup> "Actividades reglamentadas, como farmacias, hospital privado, centro educativo privado, banca: se imponen obligaciones (de calidad, de contenidos, de acceso de terceros a las instalaciones) que afectan internamente a la actividad, pero no determinan precios ni cantidades" (Idem, p. 232).

<sup>115</sup> "Actividades declaradas expresamente servicio público: son actividades reservadas a los poderes públicos, de titularidad pública, por lo que la iniciativa privada sólo puede entrar en dicha actividad previa concesión administrativa. Se trata de actividades de prestación de servicios al público, tradicionalmente en régimen de monopolio, y reglamentación exhaustiva del servicio, tarifas, modalidades... Quien manda en la actividad es la Administración, su titular, y así, por ejemplo, determina el número de viajes en transporte público según las 'necesidades del servicio'" (Idem, p. 233).

<sup>116</sup> "Nacionalización de la actividad: gestión pública de la actividad mediante empresa pública con forma pública

regulação estatal: a básica ou geral e a administrativa de polícia.

Por outro lado, há outras várias atividades que são alcançadas de forma ainda mais profunda pela ordem jurídica: trata-se das atividades sujeitas à regulação chamada de econômica em sentido estrito, que as afeta internamente, limitando de forma mais intensa a livre gestão por parte dos responsáveis pelo seu desempenho, seja pela determinação da própria produção, ou dos mercados-alvo, ou dos preços, ou das modalidades de serviços.

Em última análise, sempre há um quadro institucional fundamental no seio do qual se desenvolvem as atividades econômicas. Ou, em outras palavras, sempre há decisões políticas prévias a conformar as relações econômicas (embora estas possam vir a influenciar também aquelas).

Assim, a atividade estatal de produção de normas, que acabam conformando o sistema econômico, muito longe de ser uma atividade interventiva (no sentido de episódica ou excepcional) é, bem ao contrário, uma atividade absolutamente ínsita, co-natural ao próprio Estado. Daí porque se prefere falar em atuação do Estado perante a ordem econômica, ao invés de intervenção<sup>117</sup>.

Há uma outra espécie de atuação do Estado na economia que não fica clara da classificação que Washington Albino Peluso de Souza chama de *tradicional* e que, tampouco, pode ser considerada excepcional, esporádica, no mundo de hoje - e que, portanto, só incorretamente pode ser designada como uma mera intervenção. Por outro lado, tal atuação

---

(organismo autónomo) o forma privada (sociedad anónima)" (Idem, p. 233).

<sup>117</sup> No mesmo sentido do quanto se expõe, embora utilizando, ainda, a expressão "intervenção", confira-se o que assevera Fernando Facury Scaff: "... historicamente o Estado sempre atuou visando, pelo menos, organizar o sistema econômico existente... Segundo Vital Moreira (*A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 198-9), 'a própria existência do Estado e da ordem jurídica significa uma 'intervenção': **o Estado e a ordem jurídica são pressupostos inerentes à economia**'... Admitimos então que o Estado Liberal, mesmo quando agia apenas para manutenção da ordem, da segurança e da paz, intervinha no domínio econômico. Diz-nos Vital Moreira (*A ordem jurídica do capitalismo*, cit., p. 199) que 'essa **atividade do Estado sobre o domínio econômico não seria intervenção, por ser inerente ao Estado, como instância política da formação social**. Seria o ponto zero de intervenção'..." (*Op.cit.*, p. 37 - os grifos não constam do original). No entanto, observe-se que Vital Moreira, como citado por Fernando Facury Scaff, está se referindo à ordem jurídica imposta sobre as atividades livres, no sentido que lhes empresta Gaspar Ariño Ortiz. Isto é, considera co-natural ao Estado a edição da regulação básica e da regulação geral de polícia - o que chama de "ponto zero de intervenção do Estado na economia". Com efeito, no mínimo estes dois tipos de regulação são imprescindíveis numa boa ordenação social por qualquer Estado, ainda que puramente liberal. Já a regulação dita econômica, que é aquela que interfere mais profundamente na gestão interna de determinadas atividades econômicas, como vimos ao longo do presente trabalho, só se tornou comum e formalmente admissível no Século XX. Nem por isto é menos ínsita à atividade estatal. O fato de ser repudiada, durante o período de florescimento do Estado liberal, deveu-se à ideologia então



pode ser visualizada a partir da classificação de Eros Roberto Grau: trata-se dos mecanismos, utilizados em larga escala, em todos os países ditos de economia de mercado do mundo contemporâneo, de concessão de subsídios, ou benefícios fiscais, a quem desempenhar esta ou aquela atividade econômica, segundo os parâmetros almejados pelo Estado. Trata-se de uma atuação, como acertadamente a chama Eros Grau, por indução - mas não é mera intervenção, visto que é uma constante hoje.

No entanto, quando o Estado atua como empresário, seja em regime de monopólio, ou em regime de concorrência com empresas privadas, aí, sim, parece se tratar, de fato, de intervenção, nesse sentido que se chama aqui de atuação excepcional ou episódica. Veja-se que não se está dizendo, com isso, que essa atuação seja ilegítima. Na realidade, ela pode ser o mais recomendável em determinadas condições (p.ex., razões de segurança pública, como refere o art. 173 da Constituição Federal de 1988, ou pelo princípio da subsidiariedade, tratar-se de uma atividade econômica que seja considerada importante mas que não esteja sendo desempenhada pelos particulares). Contudo, como também já apontado precedentemente, assim como as empresas ou o livre mercado não são a sede apropriada para o desenrolar do jogo político democrático, tampouco tem o Estado a estrutura, ou mais que isso, a concepção adequada para voltar-se especialmente para a busca do lucro hedonista. Não é essa a finalidade do Estado que, ao revés, está voltado para a busca do bem-comum, com as infindáveis discussões sobre o seu efetivo conteúdo. Veja-se que, fora as hipóteses de monopólio previstas em *numerus clausus* no art. 177 da Constituição Federal de 1988, de acordo com o art. 173 da mesma Carta Magna, "*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*". Ou seja, o Estado não agirá como empresário porque pretende alcançar a lucratividade, em si, mas, sim, porque razões de ordem pública impõem-lhe essa tarefa. No entanto, ao fazê-lo, embora o motivo dessa atividade empresarial tenha residido em razões de ordem pública, o Estado-empresário fica sujeito quase que totalmente às mesmas regras que regem a atividade das empresas privadas (art. 173, § 1º, II, e § 2º, da CF/88; veja-se, porém, que as obras, serviços, compras e alienações, no ordenamento brasileiro, permanecem sujeitos à licitação e à observância dos princípios da administração pública - art. 173, § 1º, III).

A par disso, há que se reconhecer que, quando o Estado presta um serviço público, de

um ponto de vista estritamente econômico<sup>118</sup>, está desempenhando também uma atividade econômica. Contudo, em algum momento, houve uma decisão política no sentido de que esta ou aquela atividade, por sua importância para a comunidade, deveria ser submetida a um regime diferente daquele dos demais serviços sujeitos às regras do livre mercado e ser prestado diretamente pelo próprio Estado (ou por algum delegatário, estritamente sujeito às determinações do Estado).

A pergunta que se impõe é a seguinte: a prestação de serviços públicos é manifestação da atuação do Estado ou é uma mera intervenção dele na economia, ainda que consentida pelo ordenamento jurídico?

Se uma das características do serviço público é a exigência de sua prestação em caráter universal, justamente porque ele é tido como essencial em determinada sociedade (essencialidade, aliás, absolutamente variável no tempo e no espaço), o que, em última análise, implica dizer que ele assume tal característica porque se presta para o atingimento da dignidade da pessoa humana, satisfazendo concretamente os direitos humanos fundamentais, parece que se deve reconhecer que se trata de uma atividade ínsita ao próprio Estado, pelo menos o brasileiro que, consoante o art. 1º da Constituição Federal de 1988, funda-se no princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, se considerado que o atendimento das necessidades da comunidade pode se dar pela própria economia de mercado, desde que devidamente direcionada a tanto, seja por regras simplesmente diretivas, ou por mecanismos de indução estatal e dentro de limites jurídicos que confirmam garantias mínimas aos usuários (consumidores), então, deveria se reconhecer que a prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado ou por um seu delegatário é uma manifestação de intervenção estatal no âmbito econômico.

Sem se adentrar em outras considerações teóricas, desde logo, vale atentar para o que a

---

<sup>118</sup> Bem destaca este aspecto Eros Roberto Grau: "Em texto anterior averbei: 'A prestação de **serviço público** está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí poderemos afirmar que o **serviço público** é um tipo de **atividade econômica**. **Serviço público** - dir-se-á mais - é o tipo de **atividade econômica** cujo desenvolvimento compete **preferencialmente** ao setor público. Não **exclusivamente**, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o **serviço público** está para o setor público assim como a **atividade econômica** está para o setor privado.'(...) Daí a verificação de que o **gênero - atividade econômica** - compreende duas **espécies**: o **serviço público** e a **atividade econômica**. (...) A seguinte convenção, então, proponho: **atividade econômica em sentido amplo** conota gênero; **atividade econômica em sentido estrito**, a

Constituição Federal estabeleceu a respeito. No seu art. 175, está claramente afirmado que *"incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos"*.

Assim, houve a opção fundamental no sentido de se entender que, no Brasil, a prestação de serviços públicos é considerada uma atuação tipicamente estatal e não mera atividade episodicamente atribuída ao Estado, como o são as atuações do Estado-empresário, estas disciplinadas pelo art. 173 da mesma Carta Magna<sup>119</sup>.

Neste passo, vale a pena anotar que, apesar da autorização constitucional aparentemente maior do que a que se continha no regime constitucional anterior, na prática, hoje, como demonstrado na Primeira Parte do presente trabalho, são relativamente poucas as intervenções diretas do Estado em atividades consideradas propriamente privadas.

Com efeito, cotejem-se as redações da Constituição Federal de 1967 com as alterações feitas pela Emenda Constitucional n° 1, de 1969, e da atual a respeito da possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico:

Constituição de 1967 (Emenda n° 1, de 1969):

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

(...)

§ 8° - São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por

---

espécie" (*In A ordem econômica na Constituição de 1988. Op.cit.*, p. 94-5 - os grifos são do original).

<sup>119</sup> Embora trilhando por um caminho diverso, à idêntica conclusão chega Eros Roberto Grau: "... quanto à referência a **intervenção** e não, meramente, a **atuação estatal**, desejo insistir em que vocábulo e expressão aparentam ser, à primeira vista, absolutamente intercambiáveis. Toda atuação estatal é expressiva de um ato de intervenção; de outra banda, lembre-se que o debate a propósito da inconveniência ou incorreção do uso dos vocábulos **intervenção** e **intervencionismo** é inútil, inócuo. Logo, se o significado a expressar é o mesmo, pouco importa se faça uso seja da expressão **atuação (ou ação) estatal** — seja do vocábulo - **intervenção**. Aludimos, então a atuação do Estado além da esfera do público, ou seja, na esfera do privado (área de titularidade do setor privado). A **intervenção**, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente **atuação em área de outrem**. Daí se verifica que o Estado não pratica **intervenção** quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. (...) Por isso que vocábulo e expressão não são absolutamente, mas apenas relativamente, intercambiáveis. **Intervenção** indica, em sentido forte (isto é, na sua conotação mais vigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; **atuação estatal**, simplesmente, atuação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que **intervenção** conota atuação estatal no campo da **atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal**, ação do Estado no campo da **atividade econômica em sentido amplo** " (Idem, p. 84-5 - os grifos são do original).

motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

Art 163 - Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º - Somente para complementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

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

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

### Constituição de 1988:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º - A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

Veja-se que o princípio da subsidiariedade horizontal ressaía mais claro da redação da Constituição pretérita<sup>120</sup>. Na atual, como a intervenção do Estado é autorizada toda vez que houver, nos termos de lei, "imperativos de segurança nacional" ou "relevante interesse coletivo", a princípio, a idéia que se pode ter é a de que foi ampliada a possibilidade da atuação estatal na área tipicamente privada - desenvolvimento de atividades econômicas *stricto sensu*. Uma interpretação sistemática da Constituição, contudo, que, desde o seu art. 1º,

<sup>120</sup> Cfr. PREDIGER, Carin. *A atuação do Estado na ordem econômica da Constituição de 1988 sob a ótica da subsidiariedade estatal ou horizontal*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2005.

prestigia o princípio da livre iniciativa, voltando a fazê-lo no artigo inaugural do título que trata da ordem econômica e financeira (*caput* do art. 170), além de consagrar, a par do direito de propriedade privada, os princípios da livre concorrência e da liberdade de empresa (respectivamente, arts. 170, IV e parágrafo único), evidencia que persiste, no ordenamento jurídico atual o referido princípio da subsidiariedade horizontal, só sendo legítima a atuação do Estado-empresário, afora as hipóteses de segurança nacional, quando houver relevante interesse coletivo nessa intervenção e a iniciativa privada não estiver desempenhando a contento seu papel<sup>121</sup>.

O que se verifica de forma bem mais marcante na realidade institucional brasileira são as várias prestações estatais, diretas ou por delegação, de serviços públicos (estas últimas, as por delegação, aliás, cada vez mais comuns<sup>122</sup>). Entretanto, a atribuição a uma dada atividade do regime jurídico do serviço público, retirando-a da esfera privada da economia, em última análise, é sempre uma opção política, a partir dos demais princípios que informam o ordenamento jurídico, bem como das finalidades traçadas pela Constituição Federal.

Por fim, de se mencionar que há algumas atividades desempenhadas pelo Estado que, conquanto sejam fundamentais para a economia, não são abordadas nas obras de Direito Constitucional Econômico, talvez porque, muito embora também encontrem seu fundamento último no ordenamento constitucional, não cheguem a suscitar maiores controvérsias jurídicas. Trata-se da emissão de moeda (competência exclusiva da União, consoante o art. 21, VII, da CF/88, exercida, por sua vez, de forma exclusiva por banco central, de acordo com o art. 164 da mesma) e da concessão de financiamentos por instituições oficiais de crédito (cfr. o art. 163, VII, da CF/88).

A partir de um exame do Capítulo I ("Dos princípios gerais da atividade econômica") do Título VII ("Da ordem econômica e financeira") da Constituição Federal de 1988, que compreende os seus arts. 170 a 181, pode-se deduzir que o Estado brasileiro atua das seguintes formas perante a economia:

<sup>121</sup> "O princípio da subsidiariedade, no sentido de que a atividade econômica do Estado deve ser complementar à da iniciativa privada, embora não mais explícito no texto constitucional, é uma consequência natural da opção pela livre iniciativa, sendo, pois, um limite à criação, encampação ou nacionalização de empresas" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op.cit.*, p. 128).

<sup>122</sup> Como observa Dinorá Grotti: "Por outro lado, a exploração em regime privado e de mercado tem sido introduzida no âmbito dos serviços públicos, o que acaba acarretando a aproximação dos modelos e dos regimes jurídicos das duas atividades" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira*

- A partir, em especial, do art. 174:
  - editando regras - papel normativo e regulador;
  - fiscalizando o cumprimento dessas regras - papel fiscalizador;
  - fomentando a economia - papel de indutor;
  - planejando sua própria atuação — papel planejador.
  
- Pelo art. 173:
  - intervindo diretamente, por pessoas integrantes de sua Administração, em atividades privadas - papel interventivo.
  
- Pelo art. 177:
  - intervindo diretamente, em regime de monopólio, nas atividades ali enumeradas - papel interventivo.
  
- Pelo art. 175:
  - prestando diretamente, por pessoas integrantes de sua Administração, ou por meio de concessionários ou permissionários, os serviços públicos - papel prestacionista.

Levando em linha de conta tudo o quanto até aqui se expôs, propõe-se a seguinte classificação para as atividades do Estado brasileiro em relação à economia, segundo a Constituição Federal de 1988:

## **1. ATUAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA**

### **1.1. Como normatizador (art. 174 da CF/88)**

#### **1.1.a) regulação básica**

#### **1.1.b) regulação de polícia**

#### **1.1.c) regulação econômica em sentido estrito, por normas que podem ser:**

- diretivas; ou
- indutivas.

**1.1.d)** planejador (arts. 165 a 169 e 174 da CF/88)

**1.2.** Como fiscalizador/sancionador (art. 174 da CF/88)

**1.3.** Como emissor de moeda (art. 21, VII, e 164 da CF/88)

**1.4.** Como financiador de atividades econômicas (art. 163, VII, da CF/88)

**1.5.** Como prestador de serviços públicos (art. 175 da CF/88)

## **2. INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO NA ECONOMIA**

**2.1.** Por absorção (monopólios - art. 177 da CF/88)

**2.2.** Por participação (em regime de concorrência com empresas privadas - art. 173 da CF/88)

## **6. A prestação de serviços públicos conforme a Constituição Federal de 1988**

### **6.1. Distinções necessárias**

Antes de mais nada, para se precisar o que se deve entender juridicamente por serviços públicos, impõe-se traçar algumas distinções necessárias em relação a outras figuras com as quais poderiam eles ser confundidos.

Em primeiro lugar, há que se distinguir os serviços públicos das funções públicas.

Neste passo, é importante recordar que a origem da doutrina do serviço público é francesa, cuja concepção, contudo, resultou excessivamente ampla e extensiva. Para os franceses, em especial Duguit e Jéze, o serviço público identifica-se com a atividade administrativa em geral e com a satisfação das necessidades de interesse geral. O regime dos

serviços públicos identifica-se, assim, com o próprio Direito Administrativo<sup>123</sup>.

A distinção entre serviço e função públicas, no entanto, configura uma primeira limitação a essa concepção excessivamente ampla, limitação essa desenvolvida, especialmente, pela doutrina italiana.

Os autores, porém, divergem bastante ao tentarem concretamente discriminar as funções e os serviços públicos, como bem o demonstra Dinorá Adelaide Musetti Grotti, em sua abrangente obra "*O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*", a partir da página 107<sup>124</sup>.

Muito claros, neste particular, em contrapartida, são os ensinamentos coligidos por Gaspar Ariño Ortiz, para o qual a "função pública" é aquela que se desenvolve na consecução dos fins essenciais, na atividade propriamente soberana do Estado; aquela que, já no século XIX, era institucionalmente própria do Estado e que se manifesta fundamentalmente por meio da normatização jurídica; sua titularidade é, por essência, do Estado mesmo - assim toda a sua atividade legislativa, judicial, e a administrativa de defesa, polícia, fiscal e tributária, certificante, etc.

---

<sup>123</sup> Nesse mesmo sentido, confirmam-se as lições de ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 491 e ss. Também as de GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 107 e ss. Atente-se, entretanto, para as observações muito apropriadamente lançadas por Celso Antonio Bandeira de Mello, recordando que a noção de serviço público originalmente desenvolvida na França tinha finalidades muito diferentes das que hoje se lhe possa atribuir, inserindo-se em contexto bastante distinto do que hoje se vive: "... Basta dizer que, à época de seu surgimento, sob o patrocínio teórico de Léon Duguit, o genial publicista que capitaneou a chamada 'Escola do Serviço Público' (onde enfileiram os nomes ilustres de Jèze, Bonnard, Rolland, entre outros), a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do direito público em geral e do direito administrativo em particular, tentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina - que dantes se constituía sobre a idéia de 'poder' estatal - pela idéia de 'serviço aos administrados'... Durante algum tempo a noção de serviço público esteve ligada a um determinado tipo de atividade material (serviços indispensáveis 'à interdependência social, de tal modo que não poderiam ser prestados senão com a intervenção da força governante', cf. Duguit), época em que podia, razoavelmente, servir como critério de repartição de competências entre as duas jurisdições existentes na França (comum e administrativa), pois se lhe atribuía o caráter de elemento decisório para a aplicação do direito administrativo. Veio a ser depois utilizada também para batizar outro tipo de atividades que o Estado passou a assumir (exploração de atividade econômica), sob regime de direito privado, e até mesmo para abarcar atividades exercidas por particulares, sem concessão, mas que se entendeu deveriam estar sob o impacto de regras publicísticas ('serviço público virtual'). Assim tornou-se excessivamente ampla e inútil para tais fins, justificando o comentário do Comissário de Governo Tricot, segundo que 'a expressão 'serviço público', sob a aparência de uma terminologia rigorosa, mas tornada tão compreensiva, quase não possui interesse jurídico', ou, no dizer de Waline, 'a noção de serviço público aparece, cada vez mais, como uma sobrevivência inútil nos acórdãos'... Compreende-se que adotar uma noção com contornos desatados **não apresenta préstimo algum, sobretudo para a problemática atual** do direito administrativo e em particular para a sistematização das atividades administrativas, notadamente em face do sistema jurídico brasileiro. Daí que a noção de serviço público que formulamos é uma noção **restrita**, se comparada com outras noções que historicamente teve, mas que foram concebidas sob o acicate de outras necessidades, outros objetivos e sobretudo outra problemática e outro ordenamento jurídico" (*In Curso de direito administrativo*. 5.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 348-9).



Já o serviço público é aquela atividade do Estado, direta ou indireta, dirigida à consecução de fins de bem-estar, fins não essenciais ao ser do Estado, mas sim indispensáveis para a vida social em um momento dado<sup>125</sup>.

Ou, como anota a já citada Dinorá Grotti: “*considera-se válido o critério que considera a função pública como uma atividade destinada à produção de atos jurídicos e o serviço público concernente à prestação de atividade material, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, ampliando, assim, a esfera de desfrute de comodidades e utilidades materiais pelos administrados*”<sup>126</sup>.

Outra distinção que se impõe é a de que existe entre os serviços públicos propriamente ditos os chamados impróprios ou virtuais. Estes últimos consistem em atividades que também se revestem de um especial interesse público, encontrando-se estritamente regulamentadas. Como exemplos de tais atividades, costumam-se citar os serviços de táxi, as farmácias, os centros privados de ensino, os serviços de transporte eventuais (não as linhas regulares), etc.<sup>127</sup>

Costumam-se apontar como características principais desses serviços públicos impróprios ou virtuais, basicamente, o fato de que são atividades privadas, mas dirigidas ao público em geral, dependentes de uma autorização administrativa e prestados sob um regime especial, por ser tarifário, regulado e controlado pelo Estado<sup>128</sup>.

Em que pese os vários pontos de aproximação com os serviços públicos propriamente ditos, pois ambas as categorias têm em comum a *obrigatoriedade*, a *impessoalidade* e a *uniformidade* (ainda que tais características sejam mais acentuadas nos serviços públicos

---

<sup>124</sup> *Op.cit.*

<sup>125</sup> *Idem*, p. 491.

<sup>126</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>127</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 503; GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 121.

<sup>128</sup> "Sintetizando a concepção italiana e francesa dessas atividades, pode-se dizer que as notas definidoras sobre as quais se construiu o conceito de serviço público impróprio e virtual são: atividades fundamentalmente privadas, não assumidas nem executadas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizadas, regulamentadas e fiscalizadas; dirigidas ao público para satisfazerem necessidades ou exigências de interesse geral ou público" (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 119). "Se trata de una serie de actividades en las que no se da una formal declaración de servicio publico, pero respecto de las cuales, por razón del interés público especial que encierra, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: el Estado conserva 'poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad'..." (ARINO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 503-4).

propriamente ditos do que nos impróprios ou virtuais), eles podem ser diferenciados quanto aos seguintes aspectos:

- fonte e conteúdo do dever de prestação: nos serviços impróprios ou virtuais, decorre, não da autorização estatal, mas da própria norma; nos serviços públicos propriamente ditos, prestados mediante delegação, decorre basicamente do contrato no qual esta se legitima;
- alcance do poder regulamentar da Administração: nos serviços impróprios ou virtuais, esse poder da Administração só pode ser a decorrência do estritamente previsto nas normas de regência; nos serviços públicos propriamente ditos, é decorrência, além do que a norma prevê, de tudo aquilo que a própria Administração ordenar a partir de sua prerrogativa de alteração do contrato de delegação;
- poder sancionador: é mais limitado em caso de descumprimento das atividades regulamentadas, só podendo ser aquele rigidamente previsto em lei; já no caso dos serviços públicos propriamente ditos, há maior elasticidade aos princípios de legalidade e tipicidade das infrações e sanções, aproximando-se, pois, no particular, do poder sancionador admitido em relação ao regime disciplinar administrativo;
- ademais disso, nas atividades regulamentadas, diversamente do que se dá com os serviços públicos propriamente ditos, não há previsão para a substituição da prestação levada a efeito por particular pela Administração; o particular pode renunciar a qualquer momento à sua prestação ou, ao menos, negociar a atividade com terceiros; não há obrigação, por parte do Estado, em garantir o equilíbrio econômico-financeiro aos entes privados<sup>129</sup>.

Como se vê, trata-se efetivamente de espécies de atividades submetidas a regimes jurídicos que, embora contenham alguns pontos em comum, são perfeitamente discerníveis entre si.

---

<sup>129</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 124-5; ARINO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 507-11.

Por fim, outra distinção importante para fins do presente trabalho é a verificada entre os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.

Na realidade, o cerne dessa distinção já foi traçado no capítulo anterior. Já se evidenciou que não há uma diferença ontológica entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, visto que, em ambos os casos, está se cogitando de atividades que giram em torno de bens escassos. Como bem apanhado por Eros Roberto Grau, essas duas categorias configuram espécies do gênero "atividades econômicas em sentido amplo"<sup>130</sup>.

Outrossim, também já restou suficientemente caracterizado que, pelo menos no nosso ordenamento jurídico atual, a prestação de serviços públicos é considerada uma típica atividade de titularidade estatal, e, não, uma mera intervenção do Estado em área que, a rigor, seria privada<sup>131</sup>.

Aduzam-se, entretanto, às considerações já lançadas algumas pertinentes observações feitas por Gaspar Ariño Ortiz, que anota que, sob a expressão "atividade econômica", devem ser compreendidas todas aquelas atividades que desde os anos 40 o Estado assumiu por meio de empresas públicas concorrenciais. Em tais casos, a presença do Estado justificava-se por finalidades de interesse público ou utilidade geral, como podiam ser a promoção do emprego, o desenvolvimento regional, a segurança do abastecimento, a ruptura de monopólios, a substituição de importações, etc.

Prossegue o citado autor, mencionando que, com o aparecimento dessas atividades, suscitou-se a polêmica de saber se se deveria ampliar o conceito de serviço público até incluir aquelas atuações, ou, se ao revés, elas revestiam-se de outra natureza, ainda que suas finalidades também fossem de caráter público. Foi então que se falou em "serviço público industrial ou econômico" que se desenvolvia utilizando formas de Direito Privado<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Cfr. a nota 118.

<sup>131</sup> Cfr., ainda, a nota 119.

<sup>132</sup> Isso levou à chamada crise, ou primeira crise do conceito de serviço público, descrita por Jean Louis Corail no famoso livro de 1954, *"La crise de la notion juridique de service public"*, como referido em SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"?* Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 199, p. 202, dez./2003. A segunda crise é a que vivemos nos dias de hoje, com o processo de retração do Estado e a aproximação do conceito de serviço de interesse econômico geral, gestado na Comunidade Econômica Européia, de inspiração marcadamente neoliberal e muito próximo das "public utilities" anglo-saxônicas, com o

A conclusão de Gaspar Ariño Ortiz é no sentido de que, nas atividades econômicas, não há uma finalidade de "serviço ao público", isto é, aos cidadãos individualmente considerados, senão uma finalidade de ordenação econômica, de conformação social, de "serviço nacional", isto é, de promoção econômico-social da Nação considerada em seu conjunto. Assimilar uma categoria à outra suporia, pura e simplesmente, a dissolução de um conceito técnico de serviço público e a equiparação inadequada de dois regimes jurídicos muito diferentes, pois nas atividades econômicas do Estado não se encontram presentes algumas das notas definidoras do serviço público, havendo a aplicação predominante de normas de Direito Privado, ainda que algumas vezes confirmem-se alguns privilégios ou prerrogativas especiais pela condição do sujeito. Para ele, o erro está em confundir um regime jurídico de Direito Público em razão do sujeito com uma pretendida equiparação entre atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Este último desenvolve-se em regime de Direito Público, qualquer que seja o sujeito que o preste<sup>133</sup>.

Também muito categórica é a posição de Marçal Justen Filho, que assinala que *"aquilo que os franceses tratam como 'serviço público industrial e comercial' usualmente se configura, em face do Direito brasileiro, como atividade econômica em sentido restrito"*<sup>134</sup>.

Nem todos os autores concordam com essa visão. Para Almiro do Couto e Silva, inexistente a própria distinção entre serviços públicos e atividade econômica desenvolvida diretamente pelo Estado, pois, mesmo neste último caso, encontram-se presentes os três

---

conceito tradicional de serviço público, oriundo da doutrina francesa. Nesse sentido, confira-se, também, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 53 e ss.

<sup>133</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 493-4.

<sup>134</sup> Vale a pena conferir um pouco mais do pensamento do autor: "Segundo a opinião doutrinária prevalente, a disciplina constitucional brasileira consagra uma grande dicotomia no âmbito da Ordem Econômica, envolvendo o conceito de serviço público e atividade econômica. No Brasil, o universo de atividades de aproveitamento dos bens econômicos para a satisfação de necessidades coletivas comporta duas manifestações diversas. Há o conjunto das atividades qualificadas como serviço público e existem as atividades econômicas em sentido próprio. Essa diferenciação é extraída precipuamente do cotejo entre os arts. 173 e 175 da CF/88. Aquele estabelece que o Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito, enquanto este prevê que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Estado. Não cabe aprofundar, no presente estudo, o exame do instituto do serviço público. Apenas se deve assinalar que, na França (que consagra conceito muito mais amplo de serviço público), há a tendência a identificar serviços públicos e função estatal. Os autores fazem referência ao serviço público como instrumento de satisfação de 'necessidades de interesse geral'. No Brasil, o conceito técnico-jurídico de serviço público é muito menos amplo, dele se excluindo as funções governamentais propriamente ditas e a atividade econômica em sentido restrito. Tal exclusão deriva da sistemática constitucional, que reserva a expressão 'serviço público' para um conjunto delimitado de funções públicas..." (JUSTEN FILHO, Marçal. *O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre "serviço público" e "atividade econômica"*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, p. 119-21, jan.-mar./2006).

elementos essenciais para a caracterização do serviço público: serviço de interesse geral ou de utilidade pública (critério material); prestado pelo Estado (critério subjetivo); sob regime jurídico especial (critério formal)<sup>135</sup>.

Esse é, porém, um entendimento que, como já assinalado linhas atrás, atém-se ao desenvolvimento doutrinário clássico francês, o qual compreendia o serviço público como toda a satisfação de necessidades de interesse geral, pelo que resultava numa noção excessivamente ampla e que, justamente, não traçava distinções entre realidades que, embora próximas, não podem ser confundidas.

O ponto de vista defendido no presente trabalho é que os serviços públicos correspondem apenas a uma parcela da atuação estatal, que conquanto muito relevante, nem de longe abarca toda a atividade do Estado. E, portanto, os chamados "serviços públicos industriais e comerciais", na realidade, nada mais são do que as atividades econômicas em sentido estrito que são assumidas pelo Estado, numa intervenção direta na Economia.

Novamente recorrendo-se ao magistério de Gaspar Ariño Ortiz, tem-se como notas distintivas entre os serviços públicos propriamente ditos e as atividades econômicas em sentido estrito:

- nestas últimas falta a exclusividade estatal, característica dos serviços públicos. Com efeito, as atividades econômicas, em geral, co-existem com as atividades similares desenvolvidas pelos particulares e, ademais, não requerem concessão, apenas, quando muito, autorização;

---

<sup>135</sup> *Op.cit.* Lê-se da nota de rodapé n. 24, à pág. 211: "Sempre me pareceu discutível a distinção radical que muitos administrativistas brasileiros fazem entre prestação, pelo Estado, de serviços públicos e de atividade econômica. Os primeiros estariam regidos pelo art. 175 da Constituição e a última pelo art. 173. Ora, essa separação absoluta - que melhor seria dizer oposição absoluta - entre as duas noções talvez tenha existido no século XIX. A partir, no entanto, do momento em que o Estado tomou para si a execução direta, ou mediante delegação de atividades econômicas de interesse coletivo, dando nascimento ao conceito de serviços públicos de natureza industrial e comercial, a linha divisória entre atividade econômica e serviço público tornou-se menos nítida, uma vez que a atividade econômica, até então reservada aos particulares, tornou-se a matéria de que eram feitos aqueles serviços públicos. Assim, será forçoso convir que o art. 173 da Constituição Federal refere-se exclusivamente a serviços públicos de natureza industrial e comercial, uma vez que 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. Na verdade se o Estado só pode atuar diretamente no campo econômico nessas duas hipóteses, que deverão ser ainda definidas em lei, não há dúvida de que quando tais atividades consistem em prestações feitas ao público, serão elas serviços públicos..."

- a distinção mais importante, contudo, reside no fato de que às atividades econômicas falta a regularidade e a continuidade da prestação; falta, a rigor, a *prestação ao público*; há simplesmente uma atividade de produção de bens, que não tem em si mesma contato com o público, havendo apenas uma dação de bens ao mercado; tais empresas não têm como missão fundamental a prestação e distribuição de bens ao público, e sim somente sua entrega ao mercado em geral; a interrupção na produção não altera a função econômica que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão chamadas a realizar, ao contrário do que se verifica em relação aos serviços públicos, onde o princípio da continuidade da prestação é essencial à sua própria caracterização; no fundo, o que ocorre é que os serviços públicos visam satisfazer necessidades mais apremiantes, mais indispensáveis para a vida da sociedade, para a vida de cada indivíduo da sociedade, que as atividades econômicas de produção de bens;
- ainda, o usuário do clássico serviço público tem, em princípio, um direito abstrato à prestação, exigível judicialmente, enquanto o consumidor de bens não tem, na atividade meramente econômica, direito algum a exigir a produção ou sua aquisição;
- o serviço público supõe ordinariamente poder de império e um regime de proteção e prestação de Direito Público, característica que não se dá normalmente na atividade econômica em sentido estrito; ademais, nesta não se cobram taxas, mas, sim, preços (ainda que sejam preços políticos);
- por fim, de se dizer que, embora no desenvolvimento de atividades econômicas em sentido estrito pelo Estado possam se verificar situações de poder de império, estas decorrem não da natureza, em si, da atividade, mas da condição do sujeito, que é estatal; ao contrário, nos serviços públicos, o regime próprio é o de Direito Público<sup>136</sup>.

---

<sup>136</sup> *Op.cit.*, p. 494-5.

## 6.2. O novo serviço público

Como não poderia deixar de ser, as mudanças na própria concepção do Estado e de seu papel em relação à economia, como se procurou demonstrar especialmente na Primeira Parte do presente trabalho, produziram e estão ainda a produzir reflexos também sobre a noção de serviço público<sup>137</sup>.

Conforme acertadamente refere Dinorá Grotti, diante das transformações recentes pelas quais tem passado o Estado em todo o mundo, inclusive o Brasil, há doutrinadores que insistem em estudar o serviço público desde a sua concepção amplíssima, forjada por Duguit e Jéze na França, passando por aqueles que buscam um conceito mais restrito, até aqueles que entendem que a noção de serviço público pereceu definitivamente<sup>138</sup>.

Sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, até porque o exame das diversificadíssimas concepções de serviço público refoge ao escopo do presente trabalho, vai-se, mais uma vez, atentar para as lições muito claras de Gaspar Ariño Ortiz, que se insere entre os autores que visualizam o perecimento da noção clássica de serviço público - não inteiramente da noção de serviço público, em si, posição que, de resto, afigura-se de grande interesse para este estudo que ora se desenvolve<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> "Um novo momento da noção de serviço público se delinea no transcurso da década de 90 do século XX em virtude de vários fatores: onda de privatizações, quebra de monopólios estatais, dinâmica de novas conquistas tecnológicas e, com grande força, documentos oriundos da União Européia. Tais documentos buscaram dar um tratamento econômico a atividades que sempre foram consideradas serviços públicos, sobretudo mediante a inserção da concorrência nestas atividades. Na visão dos órgãos dirigentes da União Européia, o serviço público associado a monopólio estatal significa obstáculo à livre circulação e ao livre mercado na Europa" (MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 216). "Es éste un trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos tener, finalmente, definido y configurado el concepto de 'servicio público', cambia radicalmente el marco socio-político a que aquél respondía y hay que volver a empezar. Y es que sus conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. El Derecho Administrativo y sus normas no pueden elaborarse, como el Derecho Civil, con un sistema cerrado de conceptos, de contenido racional y permanente, pues su mismo objeto - la Administración y sus instituciones - son esencialmente contingentes y, por tanto, en alguna medida 'irracionales'. Irracionales desde el punto de vista de la lógica formal, pero no desde el punto de vista de la experiencia y la constatación histórica que es una a modo de lógica material sobre la que esencialmente se basa el Derecho Público..." (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.* p. 551).

<sup>138</sup> *Op.cit.*, p. 141 e ss.

<sup>139</sup> "En la lección 16 se ha expuesto el contexto en el que apareció y se desarrolló la técnica del servicio público, lo que fue la gran revolución económica y social de los últimos 150 años, que ha dado lugar a un desarrollo sin precedentes de la humanidad: sucesivas revoluciones industriales y tecnológicas, procesos de igualdad social, educación generalizada, atención sanitaria prácticamente universalizada y un progreso sostenido de la libertad que ha acreditado su inmensa capacidad creadora. A todo ello sirvió el 'servicio público': al paso de una sociedad

Para a concepção clássica de serviço público, na década de 1930, foram apontados por Louis Rolland, discípulo de Duguit, os seguintes princípios básicos informadores de todo serviço público: continuidade, mutabilidade e igualdade<sup>140</sup>.

A doutrina e a jurisprudência, ao longo do tempo, foram acrescentando outros princípios a esse rol. Contudo, por exigência inclusive constitucional (art. 175, parágrafo único, inciso IV), os serviços públicos devem sempre ser prestados de forma adequada, seja quem for o prestador - o próprio Estado, ou um seu delegatário.

Em consequência, a Lei 8.987/95, que disciplina o regime da concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, em seu art. 6º assim dispõe:

Art. 6a Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1a Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2a A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(...)

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, para a prestação de serviços públicos ser considerada adequada, é necessário que atenda a essas condições legalmente estabelecidas:

- continuidade: também conhecido como princípio da permanência, refere-se à realização ininterrupta do serviço público, o que decorre da consideração de sua indispensabilidade, do seu caráter essencial e do interesse geral que satisfaz<sup>141</sup>;
- regularidade: embora para alguns autores este princípio seja uma simples

---

desequilibrada, rural, ineducada, sin salud, sin transportes, sin comunicaciones, a una sociedad con mayores grados de instrucción, más civilizada, más igualitaria, más próspera, con mayor esperanza de vida y tantas cosas más. El servicio público es merecedor de un gran elogio ya que fue un instrumento de progreso, y también de socialización, especialmente en los Estados pobres a los que permitía mejorar la situación de todos. Pero su ciclo ha terminado. Cumplió su misión y hoy - como dice José Luis Villar — hay que hacerle un digno entierro. Es inútil empeñarse en embalsamarlo, como intentan los franceses, por si de esta forma pudiéramos mantenerlo vivo. La situación hoy es otra, casi la inversa. Son los hechos los que mandan, más que la ideología o la política y hoy han cambiado radicalmente los presupuestos económicos y sociales - también los políticos y culturales — sobre los cuales esta institución nació y se desarrolló felizmente " (ARINO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 549-50).

<sup>140</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 255.

<sup>141</sup> Idem, p. 260-87.



conseqüência do princípio da continuidade do serviço público, tal visão merece reparos, pois, apesar de ser verdade que o serviço não pode ser tido por regular se não for prestado de forma contínua (portanto, a regularidade pressupõe a continuidade), o fato é que pode haver serviço contínuo, mas que não esteja sendo prestado de forma regular, ou seja, de acordo com as regras, normas e condições preestabelecidas<sup>142</sup>;

- eficiência: hoje, o princípio da eficiência é uma diretriz para toda a Administração Pública, por força da nova redação dada ao *caput* do art. 37 pela EC n° 19/98, e assimila-se à noção de eficiência em economia, isto é, significa que se devem atingir as finalidades do serviço público, satisfazendo as necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, aproveitando-se ao máximo os recursos disponíveis<sup>143</sup>;
- segurança: o serviço público tem de ser prestado de tal forma que não coloque em risco a integridade física e emocional, não só de seus usuários, mas de quem quer que seja que se coloque em contato com ele; no entanto, é certo que não existe segurança absoluta, razão pela qual, afinal, a noção de segurança decorre de uma ponderação entre a utilidade que se quer ver prestada e o custo das medidas a serem adotadas para diminuir eventuais riscos<sup>144</sup>;
- atualidade: igualmente designado por princípio da adaptabilidade ou mutabilidade, como já visto acima, a própria lei define o que se deve entender por ele no § 2° do art. 6° da Lei n° 8.987/95, ficando clara não só a necessidade de as técnicas, o equipamento e as instalações necessárias à prestação do serviço público serem as mais modernas possíveis, como a obrigação de o delegatário buscar a permanente melhoria e expansão do serviço; em si, é princípio que justifica muitas das prerrogativas da Administração sobre o serviço e a adoção de várias medidas sobre a posição jurídica dos sujeitos envolvidos, decorrentes, em especial, da possibilidade de alteração ou até extinção unilateral do contrato para melhor

---

<sup>142</sup> Idem, p. 287.

<sup>143</sup> Idem, p. 297-9.

<sup>144</sup> Idem, p. 293-4.

adequação às finalidades de interesse público<sup>145</sup>;

- generalidade: também conhecido como princípio da universalidade, é uma decorrência do princípio da igualdade e significa que todos os cidadãos têm direito à prestação do serviço público, independentemente de sua condição econômica ou outras circunstâncias; a própria Constituição Federal, nos arts. 196, *caput*, e 211, § 4º, prevê a universalização das ações e serviços de saúde e ensino fundamental, e a Lei nº 9.074/95, no art. 3º, IV, impõe ao poder concedente "*o atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional, inclusive as rurais*"<sup>146</sup>;
- modicidade das tarifas: embora o ordenamento jurídico possa consagrar a gratuidade para alguns serviços públicos (p.ex., a CF, no art. 206, IV, da CF, prevê a "*gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais*" - com exceção, porém, inserta no seu art. 242 —, e no art. 230, § 2º, determina a gratuidade dos transportes coletivos urbanos para os maiores de sessenta e cinco anos), a gratuidade não é um princípio aplicável a todos os serviços públicos; a modicidade das tarifas, sim, é que deve ser observada em todos os casos em que não houver gratuidade<sup>147</sup>; trata-se de não onerar demasiadamente os usuários dos serviços, ou, mesmo, marginalizá-los em virtude de sua condição econômica, sendo a modicidade, de certa forma, um corolário do princípio da generalidade, vez que visa propiciar o acesso de todos ao serviço público<sup>148</sup>;
- cortesia: todo o cidadão tem direito ao serviço público prestado com urbanidade, ensejando-se, em caso contrário, ou a punição dos servidores que agirem de outra forma, quando a prestação for direta pelo Estado, ou a imposição de penalidades ao delegatário do serviço<sup>149</sup>.

Ora, esses princípios consagrados no art. 6º da Lei nº 8.987/95 correspondem, mais ou

<sup>145</sup> Idem, p. 294-6.

<sup>146</sup> Idem, p. 288-9.

<sup>147</sup> Dinorá Adelaide M. Grotti lembra, também, que às telecomunicações não se aplica a Lei de Concessões (art. 210 da Lei nº 9.472/97 - Lei Geral de Telecomunicações). E, o art. 2º, I, da LGT, ao invés da modicidade das tarifas, estabelece como dever do Poder Público "garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas" (*Op.cit.*, p. 292).

<sup>148</sup> Idem, p. 290-3.

menos, com alguma ampliação, ao que já se tinha na concepção clássica de serviço público, a qual, como visto, desde Louis Rolland, já apontava como princípios básicos dos serviços públicos os da continuidade, mutabilidade e igualdade.

No entanto, no Estado contemporâneo, no influxo das idéias neoliberais, com os progressos tecnológicos e pelas outras razões já analisadas na primeira parte deste trabalho, que levaram a uma revisão do papel tradicional do Estado perante a economia, desponta um novíssimo princípio norteador dos serviços públicos: trata-se do princípio da concorrência. Em todo o mundo, paulatinamente, o Estado vai deixando de ser o prestador direto dos serviços públicos, num regime geralmente de monopólio, para transferir esse tipo de atividades à prestação direta por entes privados, em regime de competição<sup>150</sup>.

No Brasil, é a própria Lei n° 8.987/95, antes mencionada que, por seu art. 16, diz:

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5° desta Lei<sup>151</sup>.

E o que se verifica é que a sucessão de leis posterior à Lei de Concessões e que

<sup>149</sup> Idem, p. 299.

<sup>150</sup> "Por una serie de circunstancias a las que nos hemos referido ampliamente en otras ocasiones y en otras lecciones, hoy existe en el mundo entero una convicción generalizada: el Estado se ha hecho demasiado grande y su incapacidad es notoria; la ineficiencia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (desarrollado y en vías de desarrollo) la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa y, en el fondo, su libertad: la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN, que esencialmente significa, no la venta de empresas públicas, sino la devolución de actividades a la iniciativa social... la privatización y la liberalización se ha visto acompañada de un nuevo modelo de regulación para la competencia, pues dadas las tendencias colusivas de muchos de estos sectores (petróleo, gás, electricidad, transportes, telecomunicações, etc.) la privatización y teórica liberalización podía dar lugar a un monopolio privado, tan ineficiente como el monopólico servicio público de titularidad estatal... En el difícil equilibrio entre mercado y regulación, la competencia es el objetivo prioritario y la regulación es el instrumento necesario para defender la competencia..." (ARINO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 550-6).

<sup>151</sup> "... o que se questiona é se serviços públicos podem, no Brasil, em face do que dispõe a Constituição, ser exercidos por particulares em regime de livre concorrência. Quanto a este tema, a primeira ponderação a ser feita é a de que a concorrência, na exploração em regime público ou privado de serviços de telecomunicação, ou de quaisquer outros serviços públicos, não é, no Brasil, totalmente livre ou regulada apenas pelas inclinações do mercado. O Estado tem sempre a possibilidade de interferir. Trata-se, portanto, de uma liberdade permanentemente vigiada pelo Poder Público, que, pela agência reguladora, tem meios de intervir no sentido de preservar o interesse público quando ameaçado... Parece-nos, pois, que o serviço de telecomunicações prestado em regime privado, por várias empresas concorrentes, com liberdade para fixação de preços, não deixa, só por isso, de ser serviço público, uma vez que é de interesse geral, prestado mediante delegação do Poder Público e sujeito a regime especial. Reúne, em conseqüência, os requisitos que integram o conceito de serviço público. E dispensável dizer que, em se tratando de serviços prestados em regime público, mesmo quando há competição ou concorrência entre os prestadores, o vínculo orgânico com o Estado é ainda mais saliente, assim como a natureza pública do regime jurídico a que estão submetidos..." (SILVA, Almiro do Couto e. *Op.cit.*, p. 220-1).

trataram de diversos segmentos considerados típicos serviços públicos no Brasil, efetivamente, logrou incentivar a competição entre diversos delegatários de serviços públicos<sup>152</sup>.

Mas, para se promover a concorrência, foi necessário dar um novo tratamento jurídico a todas essas atividades, promovendo o chamado "*unbundling*", surgido no direito anglo-saxão, que significa segmentar determinados serviços em duas ou mais atividades, adotando regime concorrencial para alguma(s) delas<sup>153</sup>.

Gaspar Ariño Ortiz refere que, em alguns setores, o processo de "*unbundling*" é mais simples do que em outros. Assim, no setor de petróleo, p.ex., é perfeitamente separável o negócio de refino, o sistema de armazenamento e transporte e as redes ou pontos de comercialização num dado território. Já no caso da eletricidade, há, ao lado das atividades de prestação de serviços singularizados, como são a geração e venda ao consumidor final, as atividades de exploração de infra-estruturas e prestação de serviços não singularizados, como são a construção e manutenção das redes, o transporte e a distribuição da energia<sup>154</sup>.

Seja como for, os grandes objetivos da separação de atividades são: a) a distinção entre atividades potencialmente competitivas e não competitivas, com aplicação de um regime jurídico distinto - mercado ou regulação - a umas e outras; b) a transparência informativa que é "*conditio sine qua non*" para uma correta regulação, com a eliminação de subvenções

---

<sup>152</sup> “Telecomunicações, energia elétrica e portos são exemplos de adoção destas orientações pelo legislador. Na realidade, os diplomas de regência desses setores procuram estabelecer sistemas híbridos, aliando ao sistema tradicional das concessões e permissões uma introdução ao sistema concorrencial” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 322).

<sup>153</sup> *Idem*, p. 322.

<sup>154</sup> Também no mesmo sentido, Almiro do Couto e Silva: "Os serviços públicos fragmentaram-se, assumindo diversas formas, muitas das quais reclamam tratamento jurídico especial, ora mais severo, ora mais brando, ora com um peso maior de normas de direito público, ora com um peso maior de normas de direito privado. Existem modalidades desses serviços cujo modo de prestação ideal é a que resulta da livre concorrência num mercado que é, em princípio, aberto, mas que pode e deve sofrer, sempre que necessário ou conveniente, intervenções do Estado, para afeiçoá-lo ao interesse público. Mas é certo, igualmente, que existem outras modalidades de atividade, aquelas exercidas em 'rede' (p.ex., telecomunicações, energia elétrica, gás, ferrovias) em que o regime do monopólio é praticamente inevitável, comportando, por vezes, combinações com o da concorrência. Assim, nos setores de transmissão e distribuição de energia elétrica, pode-se dizer que o monopólio natural é uma consequência necessária da racionalidade e das exigências econômicas, pois não teria sentido que existissem várias redes paralelas ou superpostas. Modernamente, todavia, compatibilizam-se os interesses do proprietário da rede com o interesse geral, quando este for mais bem atendido pela concorrência, impondo àquele a obrigação de dar acesso à rede a outros prestadores de serviços, garantindo-se, assim, o regime de competição. De outra parte, nos setores da geração e comercialização, a concorrência tem se revelado muito mais vantajosa do que o monopólio." (*Op.cit.*, p. 212-3).

cruzadas entre os distintos serviços<sup>155</sup>.

Outrossim, o citado autor espanhol menciona as quatro liberdades que presidem o novo regime jurídico competitivo dos serviços públicos:

- liberdade de entrada: qualquer operador que reúna os requisitos necessários (condições técnicas, econômicas, profissionais, etc.) terá direito a construir, explorar, comprar e/ou vender as instalações necessárias para a atividade de que se trate, mediante autorização administrativa vinculada<sup>156</sup>;
- liberdade de acesso ao mercado, isto é, à rede, às infra-estruturas: doutrina das "essential facilities", ou seja, para que o mercado exista é preciso reconhecer a todos os operadores o livre acesso ao mesmo e àquelas instalações ou infra-estruturas sobre as quais a prestação do serviço descansa (redes elétricas, oleodutos e gasodutos, redes ferroviárias, estações e aeroportos, etc.); considerando que essas instalações quase sempre reúnem as características de um monopólio natural, entendendo-se por tal aquela situação em que apenas uma empresa pode produzir o bem desejado a menor custo que qualquer combinação entre duas ou mais empresas, é preciso regulamentar de forma o mais precisa possível o acesso de todos os interessados às mesmas instalações, em termos objetivos, não discriminatórios<sup>157</sup>;
- liberdade de contratação e de formação competitiva dos preços: na verdade, trata-se da liberdade de operar segundo os princípios comerciais, com sujeição somente àqueles limites ou restrições gerais aplicáveis por igual a todas as empresas no mercado<sup>158</sup>;
- liberdade de investimento: a rentabilidade fica por conta e risco do investidor<sup>159</sup>.

Em contrapartida, há que se analisar o regime jurídico aplicável às atividades

<sup>155</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 561-2.

<sup>156</sup> Idem, p. 564-5. Também em: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 319.

<sup>157</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 566-7.

<sup>158</sup> Idem, p. 567-8.

<sup>159</sup> Idem, p. 568.

consideradas não competitivas nesse novo modelo:

- instalação e gestão de infra-estruturas: como a *rede* é a chave para o mercado, é a via física por meio da qual este se materializa, sua regulação deve reunir algumas características: a) gestão autônoma, empresarial e não burocrática, ou seja, deve haver a separação empresarial entre os proprietários da rede e os demais empresários ligados às demais atividades vinculadas à rede (pois não é recomendável que, p.ex., os produtores de energia elétrica sejam também os proprietários das vias de transmissão, o que pode levar ao falseamento do mercado); b) estatuto jurídico das redes e do acesso por terceiros, disciplinando quem pode utilizar cada rede, em que condições, inclusive, sendo previstas as hipóteses de eventual negativa de acesso justificáveis e a previsão de resolução de conflitos; c) propriedade afetada ao uso público, ou seja, um regime em que há ruptura com o conceito tradicional de propriedade, visto que o proprietário da rede não é um proprietário que possa dela usar, abusar e dispor livremente, ficando, ao revés, obrigado a permitir, dentro das condições pré-estabelecidas, o livre acesso de todos à sua propriedade; d) competição na instalação das redes, possível em alguns casos, como no setor de telecomunicações; já em outros casos, como nas redes de transporte e distribuição de gás, considerando-se que a duplicação de estruturas é ineficiente, limita-se a liberdade desse tipo de empreendimento, submetendo sua retribuição, em contrapartida, ao regime de tarifas<sup>160</sup>;
- prestações de serviço universal: segundo Gaspar Ariño Ortiz, são aquelas a que o mercado, por si só, não daria resposta e o Poder Público entende que devem ser cobertas porque constituem um nível mínimo de serviço a que todos têm direito. Neste caso, a concorrência não é possível simplesmente porque não há oferta. E não há oferta porque o custo de ditas prestações jamais cobriria o preço que por elas se poderia pagar e ninguém estaria interessado em concorrer. Em tais casos, é necessária a regulação, impondo a prestação obrigatória a qualquer dos operadores do setor, podendo ser estabelecidos mecanismos compensatórios (p.ex., subsídios

---

<sup>160</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 568-72. Também aludindo a um tratamento jurídico peculiar para os serviços em rede, inclusive aludindo ao "novo regime do serviço público", confira-se ainda: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 496-7.

estatais)<sup>161</sup>.

Dinorá Adelaide M. Grotti também destaca essa categoria de "serviço universal", ao analisar o direito comunitário europeu, primeiramente assinalando que neste não existe uma regulamentação sistemática de serviço público. Após o exame de algumas normas, chama a atenção para a Comunicação da Comissão das Comunidades Europeias sobre serviços de interesse geral, de 17-10-2001 - COM(2001)598 final -, na qual se contêm diversas definições, dentre elas a de serviço universal. Assim, *“o serviço universal, no contexto de mercados de telecomunicações abertos e concorrenciais, é definido como o conjunto mínimo de serviços de determinada qualidade a que todos os utilizadores e consumidores têm acesso, tendo em conta eventuais circunstâncias específicas em nível nacional, a preços razoáveis”*<sup>162</sup>.

Em seguida, a mesma autora afirma que o serviço universal apresenta-se como a opção atualizada - e objetiva - ao tradicional serviço público<sup>163</sup>. E destaca, ainda, as posições de Souvirón Morenilla e de Nebot Lozano, sendo que o primeiro sustenta que, no novo serviço público, *“mantém-se a tradicional configuração substantiva e finalista do serviço público, mas se exclui radicalmente o papel que tradicionalmente a Administração vem desempenhando a respeito”*; já para o segundo, *“o serviço universal corresponde a atividades denominadas missão, cargas ou obrigações de serviço público, que não são prestadas em regime de competição. Tais atividades são submetidas a uma regulação que as afasta do perfil do serviço público tradicional e as aproxima do modelo anglo-saxão”*<sup>164</sup>.

Também Gaspar Ariño Ortiz fala num novo serviço público, identificando-o com o serviço universal. Assim, o que ele designa por "serviço ao público", ou "serviço econômico de interesse geral" ou "serviço universal" possui, dentre outras, as seguintes características:

- ao contrário do serviço público tradicional, não abrange todo um setor, mas apenas os serviços essenciais, de prestação obrigatória e universal;
- de qualquer sorte, mesmo nesses serviços, sua titularidade deixa de ser estatal,

---

<sup>161</sup> Idem, p. 572-80.

<sup>162</sup> *Op.cit.*, p. 78-81.

<sup>163</sup> Idem, p. 81.

passando o Estado a ser apenas um regulador - ainda que atuando mais fortemente nessas hipóteses de serviço universal;

- o regime jurídico passa a ser aberto, não mais só estatal, pois onde antes havia predominância do Direito Público, com o monopólio estatal da atividade, caracterizado por privilégios e uma obrigação geral de serviço, hoje se tem, em princípio, o regime de concorrência sob o Direito Privado, havendo a aplicação de Direito Público apenas para o serviço essencial obrigatório, hipótese onde não há concorrência e pode haver financiamento público complementar para atendê-lo<sup>165</sup>.

No entanto, a doutrina dos autores espanhóis não pode ser inteiramente aceita no Brasil, pois aqui, por força do art. 175 da Constituição Federal de 1988, existe o vínculo orgânico do serviço público com o próprio Estado, de modo que não se pode falar em total *despublicatio* dos serviços públicos, sejam essenciais ou não.

Por outro lado, há, no momento, um intenso debate sobre se a determinadas parcelas de serviço público, em alguns setores, poderia ser aplicado integralmente o regime de Direito Privado, debate esse, por ora, ainda não concluído<sup>166</sup>.

O que não se pode deixar de reconhecer, entretanto, é que o Brasil tem, sim, sofrido a influência das profundas modificações que decorrem, em última análise, de uma revisão do próprio papel do Estado perante a economia. E, assim, no campo dos serviços públicos, diversas foram as leis publicadas nos últimos anos que levaram ao "*unbundling*" em diversos setores e parte das atividades que antes eram entendidas como integrantes de algum setor tido como público estão praticamente sob regime de Direito Privado<sup>167</sup>.

Destarte, também no Brasil, embora aqui se mantenha o vínculo orgânico com o Estado, se pode já falar num novo serviço público.

---

<sup>164</sup> Idem, p. 82.

<sup>165</sup> *Op.cit.*, p. 586-7.

<sup>166</sup> "Em conseqüência, trava-se hoje no Brasil um debate, 'um tanto surdo', no dizer de Carlos Ari Sundfeld, quanto à possibilidade de a exploração de serviço de titularidade estatal, como os de telecomunicações, energia elétrica e portos, ser feita em regime privado, aberta à competição, através de vários mecanismos, como a liberalização do acesso dos exploradores ao mercado, a ausência de garantia de rentabilidade, a flexibilização dos preços, etc." (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 164).



E, pelo que se desenvolveu neste capítulo e no antecedente, pode-se, enfim, tentar definir mais precisamente o que se entende pela expressão "serviço público".

Tanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>168</sup>, quanto Dinorá Adelaide Musetti Grotti<sup>169</sup>, afirmam que os posicionamentos doutrinários a respeito do conceito (ou noção, como prefere Eros Roberto Grau<sup>170</sup>) de serviço público podem ser assim classificados: em sentido amplo, ou em sentido restrito.

Entre os primeiros, conforme as citadas autoras, estão as posições de Léon Duguit, Roger Bonnard, Mário Masagão, José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles, ora abrangendo, inclusive as atividades legislativa e judiciária, ora abrangendo todas as atividades praticadas pela Administração, inclusive as atividades relativas ao poder de polícia (as quais, no capítulo anterior, foram identificadas como *funções públicas*).

Já entre os autores que adotam um conceito mais restrito de serviço público, também segundo as citadas autoras, estão Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Lúcia Valle Figueiredo, os quais deixam claro que os serviços públicos não abrangem atividades legislativas ou judiciárias, consistindo, antes, em prestações materiais por parte da Administração em benefício dos administrados.

Embora se esteja de acordo que, como bem referido por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>171</sup>, não se pode dizer que um conceito seja mais verdadeiro que o outro, no presente trabalho, adota-se o conceito de Marçal Justen Filho, para quem: “*Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público*”<sup>172</sup>.

É que, como já visto ao longo do presente capítulo, bem como do que lhe antecedeu, o ponto de vista adotado neste trabalho é o de que os serviços públicos, efetivamente, não se confundem com outras atividades prestadas pelo Estado. Adota-se, pois, um conceito em

---

<sup>167</sup> Cfr. a nota 151.

<sup>168</sup> *In Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 76-8.

<sup>169</sup> *Op.cit.*, p. 141-8.

<sup>170</sup> *Op.cit.*, p. 118-9.

<sup>171</sup> *Op.cit.*, p. 79.

sentido restrito que permite, desde logo, distinguir-se claramente os serviços públicos de atividades legislativas e judiciárias. Ademais disso, também desse conceito pode-se deduzir que as funções de polícia, p.ex., que não são propriamente satisfações concretas de necessidades individuais ou transindividuais, também não se confundem com os serviços públicos. Assim, parece que fica razoavelmente claro, a partir da redação do conceito, que serviços públicos e outras funções essenciais do Estado não se confundem.

Mas o que releva, de fato, ressaltar no conceito em tela é a alusão de que o serviço público destina-se à satisfação de *necessidades vinculadas diretamente a um direito fundamental*. Portanto, não é qualquer satisfação de necessidades de uma ou mais pessoas pelo Estado que pode ser tida por serviço público; na verdade, é necessário, para tanto, que haja alguma referibilidade ao atingimento de algum direito fundamental do ser humano, a revelar que o serviço público só se refere àquelas atividades consideradas as mais importantes para uma dada sociedade, num determinado contexto de tempo e espaço<sup>173</sup>.

De resto, já no início do século passado, o insigne jurista gaúcho Ruy Cirne Lima, de forma semelhante, considerava que o serviço público só podia ser um "*serviço existencial relativamente à sociedade, ou, pelo menos, assim havido num momento dado*"<sup>174</sup>.

---

<sup>172</sup> *Op.cit.*, p. 478.

<sup>173</sup> Confirma-se o pensamento do autor, a respeito do que se deve entender pela expressão "vinculadas diretamente a um direito fundamental": "A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos humanos seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadas pela supremacia dos direitos fundamentais. Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. O serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos. Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público. A advertência é relevante porque há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviço público e, bem por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido restrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime de direito privado." (*Op.cit.*, p. 480).

<sup>174</sup> Eis o conceito na sua íntegra: "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". E, logo adiante, explicando o que se deve entender por "serviço existencial": "A condição de existencial, relativamente à sociedade, pela qual o serviço público se caracteriza, filia-lhe a noção ao conceito de utilidade pública, no qual se subsume tudo quanto se haja por essencial ao bem do indivíduo, ao bem da coletividade, e à própria sociedade, como bem em si mesma". (In

### 6.3. A remuneração dos serviços públicos

Os serviços públicos podem ser remunerados por impostos, taxas ou preços públicos. A grande dificuldade reside na distinção entre essas duas últimas espécies - taxas e preços públicos.

Tanto é assim que nem o Supremo Tribunal Federal, a Corte encarregada da interpretação última do diploma jurídico mais importante do País, a Constituição Federal, traçou um critério seguro a respeito até hoje.

De forma geral, entende-se que os serviços públicos *uti universi*, ou seja, aqueles prestados para a comunidade em geral, sem que se possa individualizar a parcela de benefício referente a cada cidadão, são remunerados por meio de impostos. Exemplo é a limpeza dos logradouros públicos em uma cidade - não há como determinar o quanto de benefício resulta para cada morador no fato de serem constantemente limpas as ruas, praças e parques públicos...<sup>175</sup>

Já os serviços *uti singuli*, isto é, aqueles prestados com o atributo da divisibilidade, que significa a possibilidade da mensuração do quanto de benefício concretamente é conferido a cada usuário, podem ser remunerados por taxas ou preços públicos. Exemplo é a coleta do lixo domiciliar, pois se pode, a respeito, determinar o quanto tem de ser recolhido de cada domicílio, ao menos em termos de uma estimativa média. E aí advém a questão de saber se a contraprestação paga pelo serviço por parte de cada usuário é uma taxa (que encontra seu fundamento último no art. 145, II, da Constituição Federal e cujo regime jurídico apresenta, dentre outras garantias, a da observância da estrita legalidade), ou um preço público, também designado por tarifa (e que igualmente encontra previsão constitucional, p.ex., no art. 175, parágrafo único, III, mas cujo regime jurídico escapa da rigidez do regime tributário).

Alguns julgados podem ser destacados da vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evidenciar posicionamentos já adotados no âmbito daquele Colegiado, na tentativa de se traçar uma distinção entre taxas e preços públicos.

---

*Princípios de direito administrativo*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 82 e 85).

<sup>175</sup> Aliás, esse tipo de serviço público, exatamente por não ensejar a cobrança pela utilização por parte de cada usuário, em princípio, não é passível de delegação a particulares. Nesse sentido, por todos, confira-se: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. *Op.cit.*, p. 517-9.

Nesse sentido, paradigmático foi o RE n. 89.876/RJ, publicado na RTJ 98/230, sendo Relator o eminente Min. Moreira Alves. Tratava-se, no caso, de reconhecer, ou não, a constitucionalidade do Decreto n. 196, de 12-11-1975, do Município do Rio de Janeiro, que havia instituído a "tarifa básica de limpeza urbana", devida à COMLURB, sociedade de economia mista criada pela municipalidade, precisamente para prestar o serviço de limpeza urbana e coleta de lixo domiciliar.

Após um intenso debate, travado principalmente entre o Relator e o Min. Cordeiro Guerra, onde se discutiu à exaustão a natureza jurídica dessa exação - se taxa ou preço público - prevaleceu a tese do Relator no sentido de que se tratava de taxa e, como tal, não poderia ter sido instituída por mero decreto, exigindo, ao revés, lei em sentido estrito, pelo que se reconheceu sua inconstitucionalidade.

Embora não caiba aqui descer ao detalhamento de toda a interessante discussão então travada, vale mencionar que o Relator, após fazer uma crítica à Súmula n. 545 do próprio STF, que contém um critério que considera deficiente<sup>176</sup>, no fundo, acaba decidindo a causa com base no mesmo fundamento, pois, após afirmar "*que a remoção de lixo é serviço público obrigatório para o Poder Público e para o particular, pois, sem ele, atenta-se contra a saúde pública*", conclui: "*Remoção de lixo é, portanto, como integrante dos serviços de limpeza urbana, serviço público essencial, cuja contrapartida a ser exigida do particular, já que é específico e divisível, somente pode configurar-se como taxa*"<sup>177</sup>. Mais adiante volta a afirmar:

... se a produção de lixo é contingência necessária da vida, se o particular que o produz está obrigado a removê-lo; se, por meios próprios normais não pode fazê-lo, pois qualquer que seja a forma possível de realizar esta remoção está ela proibida pelo próprio Poder Público; se, portanto, o indivíduo só pode remover o lixo, cuja

---

<sup>176</sup> A Súmula n. 545 do STF está redigida nos seguintes termos: "Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu". Segundo Moreira Alves, "a Súmula 545 se aplica, como critério distintivo, nos casos em que o legislador ordinário estabeleceu que a contrapartida devida pelo particular em virtude da prestação do serviço público é exigida, ainda que não use do serviço, pelo simples fato de este estar colocado à sua disposição. Nesse caso, não há dúvida de que o legislador estabeleceu a contrapartida como taxa, e é sustentável que não há que se discutir se, na verdade, o cabível seria o preço público, porque como o legislador pode agir sem restrições constitucionais em matéria de preço público, pode ele, sem prejuízo do particular (ao contrário, em benefício deste), e por decisão política em face até de circunstâncias locais ou temporais, disciplinar como taxa (sujeitando-se às restrições impostas a esta pela Constituição) o que, por natureza, seria preço público. O contrário, como se viu, é que não é possível, por violar essas restrições constitucionais..." (Revista Trimestral de Jurisprudência, São Paulo, v. 98, p. 237, out./1981).

<sup>177</sup> Idem, p. 243.

remoção o Estado lhe impõe obrigatoriamente, pela utilização do serviço que este fornece, é possível dizer que, no caso, o serviço é facultativo? Ele não o é para o Estado, que, na omissão do particular recalcitrante, não pode cruzar os braços e deixar que o lixo se acumule indefinidamente — terá de recolhê-lo, ainda que sem pagamento, por imperativo de saúde pública<sup>178</sup>.

Assim, o critério, em última análise, foi o da não-facultatividade, ou, o que dá na mesma, o da compulsoriedade do serviço de coleta de lixo domiciliar, sendo devida a taxa pelo simples fato de o serviço estar posto à disposição do usuário. Se o serviço fosse simplesmente facultativo, a remuneração seria por preço público; como era obrigatório para o Poder Público e para o usuário, a remuneração só podia ser por taxa.

Posteriormente, no julgamento da ADIn n. 447/DF, publicado na RTJ 145/39, sendo Relator o eminente Min. Octávio Gallotti, a discussão do julgado anterior foi retomada a partir do voto proferido pelo não menos eminente Min. Carlos Velloso. No caso em julgamento, tratava-se de apreciar a alegação de inconstitucionalidade da Lei n° 8.155, de 28-12-1990, que instituiu a Taxa de Conservação Rodoviária, a qual, afinal, foi efetivamente considerada inconstitucional, entre outras razões, pela ausência da característica de divisibilidade do serviço de conservação das rodovias federais pelos usuários.

Como dito, o Min. Carlos Velloso, em seu voto, então proferido, retomou as considerações do Min. Moreira Alves no julgamento do RE 89.876/RJ, referindo-se, ainda, a uma conferência no "X Simpósio Nacional de Direito Tributário", que debatia o tema "Taxa e Preço Público", para concluir, como anota, *"com pequenas alterações em relação ao pensamento do eminente Min. Moreira Alves"*, que os serviços públicos podem ser classificados em:

- propriamente estatais: aqueles em cuja prestação o Estado atue no exercício de sua soberania; são serviços indelegáveis, que somente podem ser prestados pelo Estado, remunerados por taxas, mas o particular pode optar por sua utilização, ou não. Ex.: serviço judiciário, emissão de passaportes;
- essenciais ao interesse público: os prestados no interesse da comunidade, também remunerados mediante taxas, incidentes estas sobre a utilização efetiva ou potencial do serviço público, desde que a lei admita a cobrança pela prestação

---

<sup>178</sup> Idem, p. 261.

potencial, por razão de interesse público. Ex.: distribuição de água, coleta de lixo, esgoto, sepultamento;

- não essenciais ao interesse público: os que, ainda que não utilizados, não acarretam qualquer dano ou prejuízo para a comunidade ou o interesse público; são, de regra, delegáveis, podendo ser concedidos e remunerados por preços públicos. Ex.: serviço postal, serviços telefônicos, telegráficos, de distribuição de energia elétrica, de gás<sup>179</sup>.

Posteriormente, o STF voltou a retomar esses conceitos, por ocasião do julgamento do RE nº 218.061/SP, publicado na RTJ 174/648, sendo Relator o eminente Min. Carlos Velloso. Cuidava-se, então, de aferir a alegada inconstitucionalidade da exigência do Adicional de Tarifa Portuária (ATP), em operação de comércio exterior, instituído pela Lei nº 7.700, de 21-12-1988. Esse adicional incidia à base de 50% sobre as Tabelas das Tarifas Portuárias e se destinava "*à aplicação em investimentos para melhoramento, reaparelhamento, reforma e expansão de instalações portuárias*" (art. 2º da citada lei). Originariamente, os recursos destinavam-se à Empresa Brasileira de Portos do Brasil S/A - PORTOBRÁS; posteriormente, com a extinção desta, passou a ser recolhido como receita vinculada da União.

Nesse julgamento, o eminente Min. Nelson Jobim, em seu voto, acresceu uma outra categoria àquela classificação acima mencionada: a de serviços públicos essenciais ao interesse público, indelegáveis, mas remuneráveis somente pela sua utilização efetiva<sup>180</sup>.

Curiosamente, porém, a conclusão final nesse caso foi no sentido de entender que a exação questionada não se revestia da natureza jurídica quer de taxa, quer de preço público. Ao revés, por maioria, entendeu-se enquadrar-se ela na categoria de contribuição de intervenção no domínio econômico, afirmando-se sua constitucionalidade<sup>181</sup>.

Como se pode ver a partir dessa breve análise da jurisprudência da Excelsa Corte, não há um critério seguro para estabelecer-se a distinção entre taxas e preços públicos. Ao revés, há, até, uma série de imprecisões, tais como a designação de "serviços públicos propriamente

<sup>179</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência, São Paulo, v. 145, p. 764, set./1993.

<sup>180</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência, São Paulo, v. 174, p. 670-1, nov./2000.

<sup>181</sup> Idem, p. 659-79.

estatais", os quais, para a doutrina italiana, conforme antes demonstrado, a rigor, sequer podem ser tidos como serviços públicos, configurando, isto sim, mais propriamente, as chamadas funções públicas. Ou, então, a própria caracterização de uma exação que incide claramente em decorrência da prestação de serviço público como uma contribuição de intervenção no domínio econômico, como se inexistisse a distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, também já antes apontada<sup>182</sup>.

Seja como for, em linhas gerais, tanto por força da Súmula n° 545 do STF, como mesmo da posição decorrente do RE n° 89.876/RJ, pode-se afirmar, com relativa segurança, que, antes da Constituição Federal de 1988, o entendimento dominante era no sentido de que, em se tratando de um serviço público essencial ao interesse público, mesmo que tivesse ele sido objeto de uma concessão pelo Poder Público, a remuneração co-respectiva teria de ter, necessariamente, a natureza jurídica de taxa.

No entanto, a partir da Constituição Federal de 1988, esse panorama muda radicalmente de configuração. Nesse sentido, imprescindível faz-se a confrontação entre os arts. 145, II, 150, § 3º, e 175, "caput" e parágrafo único, III, da Carta Magna:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição;

(...)

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

(...)

§ 2º. A vedação do inciso VI, 'a', é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.

<sup>182</sup> Como bem o assinalam Fátima Fernandes Rodrigues de Souza e Patrícia Fernandes de Souza Garcia, do exclusivo ponto de vista do Direito Tributário, há que se ter como admissível a incidência de contribuições de intervenção no domínio econômico sobre a prestação de serviços públicos (Nova amplitude do conceito de "domínio econômico", in: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001). No entanto, parece que o melhor teria sido fundamentar essa opção esclarecendo que a incidência se faz porque os serviços públicos, a rigor, são uma das espécies do gênero atividade econômica e, embora, em geral, o domínio econômico seja entendido como referindo-se às atividades econômicas em sentido estrito, para fins de incidência da contribuição de intervenção no domínio econômico, este deve ser entendido como toda a atividade econômica, em sentido amplo, abrangendo, inclusive, os serviços públicos.

§ 3º. As vedações dos incisos VI, 'a' e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(...)

III - política tarifária;

(...)

Se, por um lado, o art. 145, II, da CF dispõe sobre as taxas devidas em razão da prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, o art. 175 do mesmo diploma fundamental deixa claro que os serviços públicos podem ser prestados diretamente ou por delegação, sendo que o seu parágrafo único alude à política tarifária quando o serviço estiver sob regime de delegação.

Só por esses dispositivos já se poderia concluir que, no atual ordenamento jurídico, quando se tratar de prestação de serviços públicos diretamente pelo Estado, a remuneração tem de ser por taxas; quando se tratar de serviços públicos prestados por concessionários ou permissionários, a remuneração será por preços públicos ou tarifas.

Mas há diversos autores que, mesmo hoje, discordam desse entendimento, tais como Edvaldo Brito<sup>183</sup>, Roque Carrazza<sup>184</sup> e Hugo de Brito Machado<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> "O Prof. Edvaldo Brito, por exemplo, distingue atividade econômica do Estado e serviços públicos cometidos pela Constituição ao Estado. Em se tratando de serviço público, pouco importando que o Estado o preste diretamente ou por interposta pessoa, a contrapartida será sempre sob forma de taxa" (COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Serviços públicos e tributação*, in: TÓRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 254).

<sup>184</sup> "... se o legislador quiser fazer ressarcir, pelos usuários, serviços públicos específicos e divisíveis, efetivamente prestados ou postos à disposição, só poderá fazê-lo por meio de taxa (de serviço, no caso). Do mesmo modo, se o legislador desejar que os administrados remunerem as despesas dos atos ou diligências de polícia que os alcançaram, deverá criar uma taxa (de polícia). Em síntese: serviço público específico e divisível e ato de polícia endereçado a alguém só podem ser remunerados por meio de taxa. Este quadro não se altera se os serviços forem prestados mediante concessão ou permissão. A política tarifária, à qual alude o art. 175, parágrafo único, III, do Diploma Fundamental, deve ser realizada, não pelo utente do serviço público, mas pela pessoa política que o concedeu ou permitiu. Melhor dizendo, o destinatário imediato desta norma constitucional não é o fruidor do serviço público concedido ou permitido, mas o Poder Público concedente ou permitente. Enfim, exige o art. 145, II, da Carta Magna que, se a pessoa política que presta um serviço público ou pratica um ato de polícia quiser obter dinheiro por isto, deverá fazê-lo por meio de taxa (de serviço ou de polícia, conforme a hipótese), sempre observado o regime jurídico tributário. Este é um direito do contribuinte - no mais das vezes esquecido - de só ser compelido a pagar pelo serviço público ou pelo ato de polícia que o alcança, se a importância dele exigida for uma taxa (criada por lei, acatados os princípios da anterioridade, da igualdade, da reserva de competências tributárias, etc.)" (CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 278-9).



Para eles, tarifa é tabelamento, e permanece a importância de se verificar a compulsoriedade do serviço para se chegar à natureza jurídica da contraprestação devida pelo usuário.

Já Sacha Calmon Navarro Coêlho<sup>186</sup> e Ricardo Lobo Torres<sup>187</sup> opinam no mesmo sentido acima traçado, isto é, que quando há delegação de serviço público, a remuneração faz-se, efetivamente, por tarifas, e, não, por taxas.

E muito esclarecedoras são as lições de Adilson de Abreu Dallari, para o qual não há base constitucional para se tornar a compulsoriedade do serviço como determinante da obrigatória remuneração sob a forma de taxa, pois, na Constituição Federal, nem o art. 145, nem o art. 175, fazem qualquer distinção nesse sentido.<sup>188</sup>

Ademais, consoante o art. 150, § 3º, da Carta Magna, alguns serviços públicos, desde

---

<sup>185</sup> "Há quem sustente que sendo o serviço público prestado por empresa concessionária ou permissionária a correspondente remuneração cobrada do usuário tem sempre natureza contratual, qualificando-se como preço ou tarifa. Jamais como taxa, vale dizer, tal remuneração não tem natureza tributária. Não nos parece, porém, que seja assim. A nosso ver o que define se a natureza da remuneração pela prestação de serviços públicos é taxa, ou tarifa, é o regime jurídico da utilização do serviço... o serviço público de uso compulsório não pode ensejar a cobrança de preço ou tarifa, e sim de taxa, e por isto mesmo essa remuneração há de ser estabelecida em lei..." (MACHADO, Hugo de Brito. *Serviços públicos e tributação*, in: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 277-9).

<sup>186</sup> "... os serviços públicos de utilidade, específicos e divisíveis, podem ser remunerados por preços (regime contratual) ou por taxas (regime de Direito Público). O dilema resolve-se pela opção do legislador. Se escolher o regime tributário das taxas, ganha a compulsoriedade do tributo, inclusive pela mera disponibilidade do serviço, se prevista a sua utilização compulsória (CTN, art. 79, I, b), mas fica manietado pelas regras de contenção do poder de tributar. A fixação e o aumento da taxa só podem ser feitos por lei e só têm eficácia para o ano seguinte. Se escolher o regime contratual, perde a compulsoriedade da paga pela mera disponibilidade do serviço, mas ganha elasticidade e imediatez na fixação das tarifas, sistema aceito previamente pelo usuário ao subscrever o contrato de adesão, liberando, assim, o controle congressual e a incidência das regras constitucionais de contenção ao poder de tributar... Assim: a) quando o Estado exerce poder de polícia é de taxa e só dela que se pode cogitar; b) quando o Estado diretamente presta serviço público 'stricto sensu', o caso é, também, de taxa; c) quando o Estado, porém, engendra instrumentalidades, para em regime de Direito Privado, embora sob concessão, prestar serviços de utilidade tais como fornecimento de gás, luz, transporte, energia, telefonia, etc. (atividade econômica), admitimos em casos tais a adoção do regime de preços..." (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Op.cit.*, p. 251-5).

<sup>187</sup> "Os preços públicos são ingressos patrimoniais do Estado, correspondentes a serviços não essenciais, isto é, não vinculados à proteção dos direitos fundamentais. Ao tempo do Estado Intervencionista eram preços subsidiados; hoje passam ao regime de verdade tarifária. Compreendem: a) as tarifas cobradas pela Administração Pública ou pelos concessionários de serviços públicos... O preço público remunera a prestação de serviços públicos não essenciais, desvinculados da garantia de direitos fundamentais e suscetíveis de concessão a particulares..." (TORRES, Ricardo Lobo. *A fiscalidade dos serviços públicos no Estado da sociedade de risco*, in: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 134-7).

<sup>188</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Tarifa remuneratória de serviços concedidos*, in: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 217.

que remunerados por tarifas, podem vir a ensejar, inclusive, a exigência de impostos.

Destarte, tentando conciliar essas considerações com a classificação do STF de serviços públicos, ter-se-ia atualmente o seguinte panorama:

- os chamados serviços propriamente estatais que, na realidade, são as funções públicas: são indelegáveis e são remunerados por impostos ou taxas (estas só passíveis de exigência nos casos de serviços específicos e divisíveis em relação ao contribuinte - as chamadas taxas pelo exercício regular do poder de polícia);
- os serviços públicos propriamente ditos:
  - "uti universi": são indelegáveis e são remunerados por impostos;
  - "uti singuli": se prestados diretamente pelo Estado, serão remunerados por taxas; se prestados por concessionários ou permissionários, serão remunerados por preços públicos (tarifas).

#### **6.4. A suspensão da prestação de serviços públicos ante a inadimplência do usuário**

Assentada como premissa que a remuneração pela prestação de serviços públicos efetuada por concessionários ou permissionários deve ser remunerada por preços públicos (tarifas), exsurge a questão relativa a se o não-pagamento por parte dos usuários enseja o corte do fornecimento pela prestadora do serviço.

A Lei nº 8.987/95, que é a Lei Geral de Concessões, em seu art. 6º, assim dispõe:

Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

(...)

§3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I- motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II- por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Como bem o demonstra Dinorá Adelaide M. Grotti, por muitos anos grassou o

dissenso na doutrina e na jurisprudência nacionais acerca desse tema.

Ela própria, não obstante a literalidade do mencionado art. 6º, anota que é imprescindível fazer-se a distinção entre serviços de fruição compulsória e serviços de fruição facultativa. Sustenta que os primeiros não são prestados no exclusivo interesse do usuário, mas, antes, no da sociedade, como meio idôneo para atingir o fim que o Estado persegue, justamente a razão pela qual tais serviços se tornam de fruição obrigatória. Entre esses, posiciona os serviços de distribuição de água tratada e de coleta de esgotos, aos quais, por exigência de proteção à saúde pública, o usuário fica obrigado a aderir, e que, por isso mesmo, em caso de inadimplência, ensejam a cobrança pelos cabíveis meios judiciais, mas não a suspensão do serviço<sup>189</sup>.

Exatamente no mesmo sentido são as posições de Hely Lopes Meirelles e de Benedicto Porto Neto<sup>190</sup>.

Menciona a citada autora, também, a posição de Marçal Justen Filho, segundo o qual não pode haver a suspensão da prestação, quer dos serviços de fruição obrigatória, quer daqueles considerados essenciais à dignidade da pessoa humana. Este doutrinador igualmente cita como exemplos dos primeiros, os serviços de fornecimento de água tratada e de coleta de esgotos. Já em relação aos últimos, menciona o fornecimento de energia elétrica para fins residenciais<sup>191</sup>.

Outros autores apegam-se, ainda, à questão da dignidade da pessoa humana, bem como ao fato de que o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor expressamente determina que os órgãos públicos, bem como suas concessionárias e permissionárias, "*são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos*", o que, segundo sustentam, não teria sido derogado pelo art. 6º da Lei nº 8.987/95 (o que combinam com as disposições da Lei nº 7.783/89, que prescreve sobre os serviços essenciais, que não podem ser suspensos nem em caso de greve), para, p.ex., afirmar a impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica em caso de inadimplência<sup>192</sup>.

---

<sup>189</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Op.cit.*, p. 264.

<sup>190</sup> Idem, p. 265-6.

<sup>191</sup> Idem, p. 265.

<sup>192</sup> PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *A suspensão no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento*. ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal, São Paulo, v. 23, n. 37, p. 540-541, set./2003.

Para outros doutrinadores, não se pode exigir de empresas privadas que simplesmente arquem com o ônus de prestar um serviço sem a devida contraprestação, sob pena de, afinal, inviabilizar-se economicamente a atividade como um todo<sup>193</sup>. Para estes, é indiferente tratar-se de serviços de fruição compulsória ou essenciais à dignidade da pessoa humana.

Entre eles, cita-se Caio Tácito que, em parecer publicado na RDA, chega a aludir à necessidade de se impor a todo e qualquer inadimplente a suspensão do fornecimento de energia elétrica, "*sob pena de se oficializar a eficácia do calote*" - exigindo-se, apenas, o cumprimento dos requisitos legais e regulamentares, dentre os quais o aviso prévio<sup>194</sup>.

De sua parte, José Geraldo Brito Filomeno, ao analisar o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, diz que este não visa privilegiar o consumidor inadimplente ou relapso, mas, sim, apenas assegurar a oferta constante e de boa qualidade dos serviços públicos prestados aos consumidores em geral<sup>195</sup>. Na mesma senda segue a opinião de Zelmo Denari, para quem impor às concessionárias o ônus de continuar a prestar um serviço se não há o correspondente pagamento, implicaria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário, e, de outro, o desvio de recursos públicos por parte da concessionária<sup>196</sup>.

Já ao comentar o art. 6º da Lei nº 8.987/95, Luiz Alberto Blanchet acaba se manifestando em sentido praticamente idêntico aos dois autores logo acima mencionados, aludindo a que constituiria um equívoco (além de ser paradoxal) o entendimento de que o consumidor de energia elétrica, por exemplo, mesmo inadimplente, teria direito à continuidade do serviço, até porque se a inadimplência se tornasse considerável, isso inviabilizaria a própria prestação do serviço não só para o inadimplente, mas para todos os

---

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *Política energética: um estudo acerca da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [www.ibap.org/teses/niltoncarlosdealmeidacoutinho\\_tese.doc](http://www.ibap.org/teses/niltoncarlosdealmeidacoutinho_tese.doc).

<sup>193</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessão de rodovias - Código do Consumidor - ação civil pública. Parecer*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 222, p. 315, out./dez. 2000.

<sup>194</sup> TÁCITO, Caio. *Consumidor - falta de pagamento - corte de energia. Parecer*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 398, jan./mar. 2000.

<sup>195</sup> FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo, in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 90.

<sup>196</sup> DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos, in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 195-6.

demais usuários<sup>197</sup>.

Por outro lado, alguns autores ressaltam que, uma vez que o art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95 ressalva as situações em que há interesse da coletividade, fica evidente que pode ser interrompido o fornecimento mesmo de serviços essenciais - água, energia elétrica, telefone – em uma residência, em caso de inadimplência, pois neste caso não há interesse da coletividade a ser considerado<sup>198</sup>.

As mesmas divergências de entendimentos marcaram a jurisprudência. No entanto, atualmente, a questão está pacificada, pelo menos em termos jurisprudenciais, no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento de serviços públicos nos casos de inadimplemento por parte do usuário.

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal, em relação ao fornecimento de água tratada, desde os anos 70, já tinha uma posição firmada no sentido da possibilidade de suspensão do fornecimento em caso de inadimplência. Nesse sentido, podem-se examinar, p.ex., o RE 81.163-SP e o RE 85.268-PR. A ementa deste último, aliás, merece transcrição por sua clareza e concisão: "*Serviço de água. É legítima a suspensão do fornecimento por falta de pagamento da conta apresentada pela companhia de saneamento, de acordo com a lei que a criou*"<sup>199</sup>.

No entanto, renovada a discussão já sob a luz da Constituição Federal de 1988, especialmente após a publicação da Lei Geral de Concessões (Lei nº 8.987/95), o Poder Judiciário proferiu inúmeras decisões, muitas impedindo a suspensão de fornecimento, por exemplo, de água e energia elétrica, outras tantas, aceitando essa medida em caso de inadimplemento do usuário.

Até que, há bem poucos anos, o Superior Tribunal de Justiça - a quem hoje, em princípio, compete o exame da matéria - veio a pacificar a questão.

---

<sup>197</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 42.

<sup>198</sup> NAMBA, Edison Tetsuzo. *A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, a. 9, v. 36, p. 142, out./dez. 2000.

<sup>199</sup> Revista Trimestral de Jurisprudência, São Paulo, v. 81, p. 930, jul./set. 1977.

Primeiro, em relação à energia elétrica, o fez no julgamento do RESP n. 363.943-MG, em 10 de dezembro de 2003, sendo Relator o Min. Humberto Gomes de Barros, em acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO - ENERGIA ELÉTRICA - CORTE - FALTA DE PAGAMENTO.

- É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (L. 8.987/95, Art. 6º, § 3º, II)<sup>200</sup>.

Depois, em relação ao fornecimento de água, a pacificação no âmbito do STJ veio no julgamento do RESP n. 337.965-MG, em 22 de setembro de 2004, sendo Relator o Min. Luiz Fux. O interessante, neste caso, é que o eminente Relator expressa um entendimento pessoal em sentido divergente do que a maioria houve por bem consagrar, acompanhando-a, ao final, apenas para manter a uniformidade da jurisprudência. Confira-se da ementa:

ADMINISTRATIVO. CORTE DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. INADIMPLÊNCIA DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE.

1. A 1ª Seção, no julgamento do RESP nº 363.943/MG, assentou o entendimento de que é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, art. 6º, § 3º, II).

2. Ademais, a 2ª Turma desta Corte, no julgamento do RESP nº 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei nº 8.987/95.

3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétreia de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção.

4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal.

5. Deveras, *in casu*, não se trata de uma empresa que reclama uma forma de energia para insumo, tampouco de pessoas jurídicas portentosas, mas de uma pessoa física miserável, de sorte que a ótica tem que ser outra. O direito é aplicável ao caso concreto, não o direito em tese. Imperioso, assim tenhamos, em primeiro lugar, distinguir entre o inadimplemento de uma pessoa jurídica portentosa e o de uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica.

6. Em segundo lugar, a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade, que significa não empreender o corte de utilidades básicas de um hospital ou de uma universidade, tampouco o de uma pessoa que não possui módica quantia para pagar sua conta, quando a empresa tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre patrimônio devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa!

7. Ressalvadas, *data maxima venia*, opiniões cultíssimas em contrário e sensibíllimas sob o ângulo humano, entendo que 'interesse da coletividade' a que

<sup>200</sup> DJ 01 -03-2004, p. 119.

se refere a lei pertine aos municípios, às universidades, hospitais, onde se atingem interesses plurissubjetivos.

8. Por outro lado, é mister considerar que essas empresas consagram um percentual de inadimplemento na sua avaliação de perdas, por isso que é notório que essas pessoas jurídicas recebem mais do que experimentam inadimplementos.

9. Destacada a minha indignação contra o corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade e absolutamente favorável ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação, submeto-me à jurisprudência da Seção.

10. Embargos de divergência rejeitados, por força da necessidade de submissão à jurisprudência uniformizadora<sup>201</sup>.

Pois bem, por tudo quanto se desenvolveu no presente trabalho, entende-se que a questão está a merecer uma revisão e que, necessariamente, deve passar pelo aperfeiçoamento da própria legislação de regência das concessões e permissões de serviços públicos.

Na realidade, há três hipóteses nas quais, mesmo que não haja o pagamento da tarifa pelo usuário, se bem compreendido o que significa a prestação de um serviço público, não tem cabimento a suspensão do fornecimento do serviço pelo concessionário ou permissionário:

- a relativa aos serviços públicos de fruição compulsória, como identificado já por diversos doutrinadores e antes referido; ou, em outras palavras, aquela hipótese em que, no Direito brasileiro, tradicionalmente se justificava a exigência de taxa pela simples colocação do serviço à disposição do usuário, aquela em que ele apenas potencialmente podendo se utilizar do serviço, mesmo que não o tivesse feito concretamente, já ficava sujeito à exigência da taxa; trata-se, exatamente, de hipóteses como a versada no anteriormente citado RE nº 89.876/RJ, pois, assim como a coleta de lixo domiciliar, poderá haver outros serviços cuja prestação e utilização pelos usuários seja considerada essencial pela sociedade, por razões de saúde pública ou outras (parece que estão, nesta categoria, além da coleta de lixo domiciliar, os serviços de coleta de esgoto e de fornecimento de água tratada); não se concebe, em tais situações, que a punição ao cidadão relapso, consistente em eventual suspensão do serviço a ele individualmente, acabe acarretando danos ou prejuízos a toda a sociedade, com o alastramento de doenças ou pragas, p.ex.; nessas situações, sem prejuízo da cobrança cabível dirigida contra o cidadão relapso, o fato é que não se justifica, por uma questão de interesse público, que

---

<sup>201</sup> DJ 08-11-2004, p. 155.

seja simplesmente suspenso o fornecimento do serviço;

- aquela hipótese em que o serviço público é prestado a outro ente público, por sua vez prestador de serviços; é o caso dos fornecimentos de energia elétrica e de água a municípios que, já tantas vezes, incorreram em inadimplência; nesses casos, a suspensão do fornecimento do serviço prejudicará não só a pessoa jurídica de direito público inadimplente, mas, também, todos aqueles cidadãos que são beneficiários de serviços prestados por esse ente público<sup>202</sup>;
- por fim, aquela hipótese em que se verifica o que, no direito comunitário europeu, tem-se chamado de "serviço universal", ou seja, aqueles serviços básicos, "nível mínimo de serviço a que todos têm direito"; ou, por outra, pode-se apenas recordar que um serviço público, para ser considerado adequado, tem de ser prestado atendendo, entre outros, aos princípios da generalidade e da modicidade de tarifas, que implicam, como já visto, o amplo acesso de todos os cidadãos aos serviços, não sendo admissível a marginalização de qualquer cidadão em relação a tais serviços em razão de sua condição econômica; portanto, há que se atentar, aqui, para a situação de todos aqueles que, simplesmente, não podem pagar, por mais módicas que sejam as tarifas, pelos serviços públicos prestados por concessionários ou permissionários; assim, pelo menos para os serviços que sejam reputados como mais essenciais ou vitais dentre todos os serviços públicos, deveria haver a previsão de continuidade da prestação, independentemente de pagamento por parte daqueles que não podem pagar por eles, não importando que a prestação esteja sendo feita pelo próprio Estado ou por uma empresa privada, concessionária ou permissionária.

Convém aqui destacar que, no fundo, a ideologia que impulsiona as mudanças pelas quais o Estado contemporâneo tem passado, alterando substancialmente seu papel perante a

---

<sup>202</sup> Esta é a única hipótese que, presentemente, encontra-se ressalvada na jurisprudência, citando-se, exemplificativamente, o seguinte julgado: -'ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. SUSPENSÃO DO SERVIÇO. PREVISÃO LEGAL. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI N. 8.987/95. 1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o Município devedor não solve dívida oriunda de contas geradas pelo consumo de energia. Entretanto, para que não seja considerado ilegítimo, o corte não pode ocorrer de maneira indiscriminada, de forma a afetar áreas cuja falta de energia colocaria em demasiado perigo a população, como ruas, hospitais e escolas públicas. 2. Recurso especial provido" (STJ – 2ª T., RESP 594.095, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 19-03-2007, p. 304).



economia, parte da idéia de que já se alcançou aos cidadãos um nível mínimo de prestações e sua elevação só será alcançada por meio da privatização<sup>203</sup>; é que essa ideologia nasceu no seio das sociedades mais desenvolvidas da Europa e dos Estados Unidos; no entanto, olvida-se quem a ela adere irrefletidamente que, no Brasil, milhões de pessoas encontram-se abaixo da linha da extrema pobreza (ou indigência)!<sup>204</sup> Têm acaso, essas pessoas, menos direito a um nível mínimo de dignidade - que lhes pode e deve ser assegurada por meio da prestação de serviços públicos mínimos - que os demais cidadãos, com melhores condições econômico-financeiras?<sup>205</sup>

Ora, os influxos neo-liberais nem podem levar a um resultado que cause prejuízos à comunidade (como o que seria resultante do corte de fornecimento de serviços que sejam

---

<sup>203</sup> Confira-se o que, a respeito, anota Gaspar Ariño Ortiz: "El triunfo del neoliberalismo (de eso que se llama desregulación o neo-regulación), tanto en países del Este como del Oeste, en la Europa del norte y del sur, en las dos Américas o en el Sureste asiático, no es seguramente fruto de una batalla ideológica, sino más bien la consecuencia de cambios profundos en el proceso económico-social definido por hechos como los siguientes: la nueva sociedad de la información, la apertura de la economía mundial, la reducción de los servicios, **la educación y la sanidad generalizadas (al menos en sus niveles básicos)**... La consecuencia de todo ello es que el viejo concepto de servicio público - monopolístico, igualitario, de mínimos, uniforme - ya no viene a llenar las necesidades y las preferencias de la población a la que dice servir. Hoy hay que abrir camino a nuevas realidades, más competitivas, diferenciadas, innovadoras, que son las que la nueva realidad social demanda; hoy hay que desideologizar la política económica, hay que mejorar los servicios y las prestaciones. Y todo ello **sin perder lo ya conseguido, que es, básicamente, la existencia de un servicio universal a todos los ciudadanos en sus niveles básicos...**" (*Op.cit.*, p. 550-1 - os grifos não constam do original).

<sup>204</sup> A adoção de índices ou cifras numéricas não constitui mais que uma simplificação da realidade e, em alguns casos, pode se revelar extremamente deficiente (vide, nesse sentido, algumas observações em PETER, Lafayette Josué. *Op.cit.*, p. 84 e ss. Também em VIGORITO, Andrea. *Comparaciones da pobreza entre países*. Disponível em: [www.socialwatch.org/es/informelmpreso/pdfs/tematicosf2003\\_bra](http://www.socialwatch.org/es/informelmpreso/pdfs/tematicosf2003_bra)). Além disso, "as estatísticas de pobreza nem sempre são comparáveis, pois as metodologias utilizadas para definir se um indivíduo é ou não pobre podem ser diferentes. Por exemplo, a Cepal, o Governo Brasileiro e o Banco Mundial adotam em seus estudos referências diferentes para traçar o limite abaixo do qual uma pessoa pode ser considerada pobre ou indigente (pobreza extrema). A Cepal utiliza o custo de uma cesta de alimentos que, geograficamente definida, contemple as necessidades de consumo calórico mínimo de uma pessoa (linha de pobreza); o Banco Mundial, por sua vez, utiliza o dólar PPC (paridade do poder de compra) que elimina as diferenças de custo de vida entre os países; no Brasil, a metodologia oficial usa como referência o salário mínimo, isto é, 1/4 do salário mínimo familiar 'per capita' e 1/2 do salário mínimo familiar 'per capita', limites abaixo dos quais se define uma família extremamente pobre (indigente) e pobre, respectivamente" (definições disponíveis em: [www.ibge.gov.br/ibgeteen/glossario/pobreza](http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/glossario/pobreza)). De consequência, há muita divergência entre os números, mas, tomando-se como base o otimista estudo de Antonio Prado (*In: A queda da desigualdade e da pobreza no Brasil*. Disponível em: [www.bndes.gov.br/conhecimento/visao/visao\\_14](http://www.bndes.gov.br/conhecimento/visao/visao_14)), em 2005, após considerável queda da pobreza em nosso País nos últimos 6 ou 7 anos, ainda teríamos mais de 13 milhões de pessoas abaixo da linha de extrema pobreza (indigentes) e outras quase 40 milhões de pessoas abaixo da linha de pobreza, o que, sem sombra de dúvida, ainda são números muito elevados, revelando a dramática situação vivida por grande parcela de nossa população.

<sup>205</sup> O próprio Gaspar Ariño Ortiz, antes referido e que afirma que, em sua sociedade, já foram assegurados serviços essenciais, como os de educação e saúde, a toda a população, ao menos em seus níveis básicos, também nos diz, em outra passagem: "... la liberalización y privatización de prestación de servicios públicos puede ser adecuada para sociedades organizadas, que cuentan con las infraestructuras necesarias para la provisión del servicio con universalidad y calidad; **por el contrario, en sociedades menos desarrolladas puede ser necesario, al menos inicialmente, el protagonismo estatal en la provisión de dichos servicios e infraestructuras como única forma viable de su efectiva prestación**" (*Op.cit.*, p. 112 - o grifo não consta do original).

essenciais, p.ex., à saúde pública), nem podem levar à marginalização de pessoas, mormente num País como o Brasil, onde a Constituição Federal consagra a dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos (art. 1º, III, da CF) e que tem por dever a promoção dos direitos humanos fundamentais, neles incluídos os direitos sociais e econômicos, recordando-se que, em nível internacional, hoje, está assentado que os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados<sup>206</sup>.

É evidente, porém, que não se pode exigir das empresas privadas que arquem com os custos da prestação de serviços a quem não possa por eles pagar. Até porque o dever de garantir os direitos humanos fundamentais e, em última análise, a dignidade da pessoa humana, não é delas, mas, sim, do Estado. A solução, então, passa ou pela prestação direta do serviço pelo próprio Estado, ou pelo regime de concessões/permissões, com a previsão de subsídios a essas prestações sem qualquer rentabilidade, custeadas, em última análise, ou pelos impostos gerais pagos pela parcela da sociedade que pode pagar, ou por tarifas mais caras, cobradas igualmente da parcela melhor aquinhoadada financeiramente.

Embora o texto legal (art. 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/95) refira que deve ser "*considerado o interesse da coletividade*", a verdade é que, de sua sistemática, não fica claro um regime de subsídios estatais para as hipóteses, quer de imprescindibilidade da continuidade do serviço, sob pena de danos ou prejuízos à sociedade (como no citado exemplo da coleta de lixo domiciliar), quer de fornecimento de serviços essenciais mesmo àqueles cidadãos que não podem pagar por eles sequer a tarifa módica prevista.

Nesse sentido, confira-se o art. 17 dessa mesma lei cujo "caput" assim está redigido:

Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

Por outro lado, confira-se, ainda, a redação do art. 3º, IV, da Lei nº 9.074/95:

Art. 3º. Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:

(...)

IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão da população de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;

---

<sup>206</sup> Cfr. o Capítulo 3 acima.

(...)

Um exame desses artigos 42 a 44, a que remete este último dispositivo, revela que tratam das hipóteses de prorrogação de concessões de serviços públicos que já estavam em vigor por ocasião da entrada em vigor da Lei Geral de Concessões. Ou seja, apenas nas hipóteses de concessões anteriores à própria Lei Geral é que está claramente assegurada a observância do princípio da universalidade dos serviços públicos!

Neste ponto, vale anotar que a jurisprudência pacificou-se no sentido de que é absolutamente legítima a suspensão de fornecimento de serviços públicos, tais como os de energia elétrica e de água, em caso de inadimplemento, sem outras considerações, porque a Lei n° 8.987/95, da forma como está redigida, também não levou em conta qualquer peculiaridade, dispondo de forma absolutamente genérica sobre um assunto que exigia que se fizessem particularizações. E, aí, ou se resguarda o direito das empresas concessionárias a só prestarem serviços a quem lhes paga, ou se chegaria à falência dessas mesmas empresas e, por consequência, de todo o sistema concebido.

Mas ele, ainda assim, é um sistema mal concebido. Embora o art. 6º, § 3º, II, da Lei Geral de Concessões preveja que se deva considerar o "interesse da coletividade" nos casos de suspensão de fornecimento por inadimplência, não resolve satisfatoriamente a situação daqueles serviços em relação aos quais a própria sociedade tem interesse em que haja continuidade, mesmo ante a inadimplência (ex. da coleta de lixo domiciliar), nem a situação de quem nada pode pagar por sua prestação, porque de nada dispõe.

Porém o que se pretende preconizar aqui não é a obrigatoriedade de as empresas concessionárias de serviços públicos prestarem-nos gratuitamente, o que, à evidência, seria impossível. O que se quer dizer é que a própria lei básica das concessões e permissões de serviços públicos (Lei n° 8.987/95) deveria ter previsto uma ou mais possíveis fórmulas para o custeio dessas prestações que não podem mesmo ser paralisadas, ainda que haja inadimplência<sup>207</sup>.

---

<sup>207</sup> "Un problema diferente, aunque íntimamente relacionado con el del nivel de tarifas de un servicio público, es el del logro de una equitativa y justa estructura tarifaria, es decir, de una adecuada combinación de precios para los distintos servicios específicos que la empresa presta a los diferentes grupos o sectores de clientela, de modo que pague más el que más tiene o el que más utilidad obtiene del servicio, pero manteniendo siempre la regla de que el conjunto de los ingresos cubra globalmente la totalidad de los gastos... puede haber - y debe hacer en muchos casos, por razones económicas o sociales - compensaciones inter-servicios, de modo que con los

Em síntese, para se criar um verdadeiro sistema de serviços públicos, a própria Lei Geral de Concessões deveria dispor com mais clareza sobre as três hipóteses em que não se admite a suspensão do fornecimento, ainda que haja inadimplência: interesse público na permanência de sua prestação, seja porque a suspensão a um indivíduo poderá prejudicar a sociedade, seja porque o inadimplente é pessoa de direito público também prestadora de serviços essenciais à população, e/ou situação de miserabilidade por parte de determinados usuários.

O curioso é que para os serviços de telecomunicações sua legislação básica de regência (Lei nº 9.472/97) previu, com muito mais cuidado do que se fez com a energia elétrica ou com a água, a necessidade de se dar o adequado cumprimento ao princípio da universalidade. Nesse sentido, confirmam-se alguns dos principais dispositivos legais:

Art. 2º O Poder Público tem o dever de:

I - garantir, a toda a população, o acesso às telecomunicações, a tarifas e preços razoáveis, em condições adequadas;

II - estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira;

(...)

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

(...)

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

(...)

---

superávit obtenidos en algún tipo de ellos puedan ser subvencionadas o compensadas las pérdidas experimentadas en otros " (ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op.cit.*, p. 530-1). E, mais adiante: "En la regulación de los servicios en un régimen competitivo, hay que distinguir lo que son prestaciones de mercado y prestaciones de 'servicio esencial universal'. Estas últimas son aquellas modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo de servicio al que todos tienen derecho. En este caso, la competencia no es posible porque no hay oferta. Y no la hay porque el coste de dichas prestaciones jamás cubriría el precio que por ellas se podría pagar y nadie estaría interesado en concurrir. En tales casos, la regulación de nuevo interviene, imponiendo la prestación obligatoria a cualquiera de los operadores del sector. Es justamente este planteamiento el que ha venido a suponer una transformación radical del concepto de servicio público... habrá que prever la correspondiente compensación económica, cuando las concretas obligaciones de servicio al público no puedan ser costeadas por sus destinatarios " (Idem, p. 572-4). Também Marçal Justen Filho anota: "A essencialidade dos serviços e seu vínculo imediato com os direitos fundamentais não acarretam sua gratuidade. Isso não significa afirmar que a fruição do serviço público dependa de condições econômicas, mas consiste em reconhecer um princípio geral de capacidade contributiva. Todo usuário deve contribuir para os serviços, na medida de suas possibilidades, tomando em vista a intensidade dos benefícios auferidos e da própria riqueza individual. Por isso, os indivíduos carentes terão acesso aos serviços públicos, mas o custeio das prestações realizadas em proveito deles deverá ser arcado por outrem. Isso significa a existência de subsídios (provenientes dos cofres públicos ou da remuneração exigida dos demais usuários)" (*In Curso de direito administrativo*, p. 491). Por fim, merece citação ainda a seguinte passagem de Dinorá Adelaide M. Grotti: "Se o Estado conferiu tão significativo relevo à atividade a que atribuiu tal qualificação, por entendê-la importante para os membros do corpo social, seria no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, 'rematado dislate que os integrantes desta coletividade a que se destinam devessem, para desfrutá-lo, pagar importâncias que os onerassem excessivamente e, pior que isto, os marginalizassem'..." (*Op.cit.*, p. 291).

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;  
(...)

Art. 79. A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as destinadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Art. 80. As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas.

§ 1º O plano detalhará as fontes de financiamento das obrigações de universalização, que serão neutras em relação à competição, no mercado nacional, entre prestadoras.

§ 2º Os recursos do fundo de universalização de que trata o inciso II do art. 81 não poderão ser destinados à cobertura de custos com universalização dos serviços que, nos termos do contrato de concessão, a própria prestadora deva suportar.

Art. 81. Os recursos complementares destinados a cobrir a parcela do custo exclusivamente atribuível ao cumprimento das obrigações de universalização de prestadora de serviço de telecomunicações, que não possa ser recuperada com a exploração eficiente do serviço, poderão ser oriundos das seguintes fontes:

I - Orçamento Geral da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - fundo especificamente constituído para essa finalidade, para o qual contribuirão prestadoras de serviço de telecomunicações nos regimes público e privado, nos termos da lei, cuja mensagem de criação deverá ser enviada ao Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, no prazo de cento e vinte dias após a publicação desta Lei.

Parágrafo único. Enquanto não for constituído o fundo a que se refere o inciso II do caput, poderão ser adotadas também as seguintes fontes:

I - subsídio entre modalidades de serviços de telecomunicações ou entre segmentos de usuários;

II - pagamento de adicional ao valor de interconexão.

Art. 82. O descumprimento das obrigações relacionadas à universalização e à continuidade ensejará a aplicação de sanções de multa, caducidade ou decretação de intervenção, conforme o caso.

Além dessas regras, no ano de 2000, por meio da Lei nº 9.998, foi instituído o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações.

Ora, comparados com os serviços de energia elétrica, ou, mais ainda, da água, os serviços de telecomunicações não se revestem da mesma essencialidade, ou, em outras palavras, não cobrem necessidades tão vitais do ser humano. Por mais importantes que sejam as telecomunicações no mundo contemporâneo, sem dúvida, não se destinam à garantia da

própria sobrevivência, como é o caso da água.

Se, ao adotarmos o conceito de Marçal Justen Filho para serviços públicos, dissemos que estes visam satisfazer concretamente necessidades vinculadas diretamente a direitos fundamentais<sup>208</sup>, e se consideramos que todos os brasileiros fazem jus à fruição de tais direitos, reconhecendo, por outro lado, a existência de uma grande parcela da população em níveis severos de pobreza, a rigor, para todo e qualquer serviço público, nesses casos de extrema dificuldade financeira, deveria ser reconhecida a necessidade de manutenção da prestação contínua, mesmo ante a impossibilidade de pagamento.

No entanto, o que causa estranheza é que, sem dúvida, os serviços de telecomunicações não se referem a uma necessidade humana tão vital, quanto o é o consumo de água.

Portanto, é até admissível (embora com certo esforço) que haja a previsão de suspensão do fornecimento em caso de inadimplência dos serviços de telecomunicações. É que nem se trata de um serviço de fruição compulsória, nem de um serviço que se deixar de ser prestado a um outro ente público vá causar o colapso absoluto de outros serviços públicos (ainda que possa dificultar grandemente a sua execução), e, por fim, se deixar de ser prestado a pessoas carentes não chegará a arriscar a própria sobrevivência destas.

Entretanto, a lei de regência dos serviços de telecomunicações garante, com os mecanismos de subsídios e custeio para universalização, um atendimento muito melhor à população do que a sistemática prevista, quer para a energia elétrica, quer para a água.

Destarte, a rigor, o que cabe é se exigir do Poder Legislativo que discipline com mais detalhamento a matéria em tela, prevendo as hipóteses em que os serviços públicos, em que pese a inadimplência, não podem deixar de ser prestados - sob pena de se estar desvirtuando a própria noção de serviço público. E, em contrapartida, também precisa ser disciplinado de que forma dar-se-á a contraprestação aos concessionários ou permissionários dos serviços públicos, o que se pode pensar em fazer a partir até mesmo de subsídios estatais ou da elevação de tarifas para a parcela dos usuários melhor aquinhoadá financeiramente.

E, na medida em que o Poder Legislativo não o fez, deixando sem uma solução satisfatória seja situações de interesse coletivo, seja situações de atendimento mínimo às pessoas mais carentes, cabível, ao menos em tese, a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão<sup>209</sup>, ou, mesmo, de mandado de injunção<sup>210</sup>, visto que, claramente, a Lei nº 8.987/95 não se faz compatível, nestes aspectos, com a previsão inserta, especialmente, no art. 175, parágrafo único, III e IV, da Constituição Federal (embora não esteja previsto explicitamente na Carta Magna o que se deve entender por "serviço adequado", parece muito claro que isso tem de ser compatibilizado com os demais princípios e regras, especialmente os atinentes aos direitos e garantias fundamentais; no sistema que foi adotado, fica claro, outrossim, que é preciso ter algum recurso para fazer jus à prestação de serviços públicos; isso exclui, desde logo, algo como quase 53 milhões de brasileiros da prestação desses serviços<sup>211</sup>, o que ofende, dentre outros, o princípio da isonomia e, por decorrência, evidencia que não há serviço adequado).

Contudo, é importante frisar que, em princípio, o resultado de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de um mandado de injunção nesta matéria de que aqui se trata, no máximo, ensejaria o reconhecimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, da necessidade de o Poder Legislativo dispor de forma diferente da efetivada até hoje<sup>212</sup>. Ou seja, de qualquer sorte, em última análise, o deslinde do problema seria remetido ao Poder

---

<sup>208</sup> Cfr. o subcapítulo 6.2.

<sup>209</sup> Assim dispõe o art. 103, § 2º, da Constituição Federal: "Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias". Por outro lado, vale trazer à baila, da jurisprudência do STF sobre essa modalidade de ação direta de inconstitucionalidade, a seguinte lição: "Desrespeito à Constituição — Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um 'facere' (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse 'non facere' ou 'non praestare', resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público" (ADI 1.458-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 29-09-96).

<sup>210</sup> Consoante o art. 5º, LXXI, da Constituição Federal: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

<sup>211</sup> Cfr. a nota 204.

<sup>212</sup> Nesse sentido: "Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, parágrafo 2º, da CF). A ação direta de inconstitucionalidade por omissão, de que trata o § 2º do art. 103 da nova CF, não é de ser proposta para que seja praticado determinado ato administrativo em caso concreto, mas sim visa a que seja expedido ato normativo que se torne necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado" (ADI 19, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU de 14-04-89).

Legislativo.

Por outro lado, é bem verdade que da jurisprudência mais recente do Excelso STF já se encontram algumas manifestações que sinalizam em sentido diverso, isto é, no de que, havendo mora legislativa, o Poder Judiciário não ficará sempre limitado a apenas exortar ao Poder Legislativo que cumpra o seu papel constitucional. Nesse sentido, vale a pena consultarem-se os Informativos do STF ns. 430 e 457, que esclarecem o sentido dos julgamentos nos Mandados de Injunção ns. 670 e 695, respectivamente<sup>213</sup>. Contudo, no caso de que se trata, onde, para o efetivo cumprimento do comando constitucional que exige que, ainda que a prestação dos serviços públicos seja delegada a particulares, eles têm de ser prestados de forma adequada, é indispensável a previsão de um sistema que garanta a justa contraprestação ao delegatário do serviço, parece que seria uma demasia admitir que o próprio STF fosse estabelecê-lo. Como já dito linhas atrás, uma solução possível é a admissão do pagamento de tarifas mais elevadas por parte de quem as pode pagar; outra, é a fixação de subsídios estatais diretos, aí custeados pelo conjunto da população, mediante o pagamento dos impostos.

Ora, trata-se claramente de uma decisão política bastante importante e relativamente complexa, que, ao que parece, torna-se mais legítima, se travada no seio do Poder Legislativo, destinado, exatamente, para esse tipo de deliberação.

Seja como for, a análise mais aprofundada sobre o cabimento, no caso, do ingresso de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou de um mandado de injunção, até por envolver desdobramentos no campo do direito processual, refoge aos estritos limites do presente trabalho.

Enfim, de tudo o que se expôs, o importante é assentar que, em última análise, a definição, em concreto, de, primeiro, quais são as atividades que devem ser consideradas serviços públicos, em seguida, quais são, dentre estes, os serviços passíveis de serem

---

<sup>213</sup> “O Tribunal julgou procedente pedido formulado em mandado de injunção para declarar a mora legislativa do Congresso Nacional na regulamentação do direito ao aviso prévio proporcional previsto no art. 7º, XXI, da CF, e para determinar a comunicação da decisão a esse órgão... Ressaltou-se que a simples existência de projetos de lei referentes à matéria debatida não seria causa suficiente para afastar a mora. Reconheceu-se, ademais, que, não fosse o pedido da inicial, limitando a requerer a comunicação ao órgão competente para a imediata regulamentação da norma, seria talvez a oportunidade de reexaminar a posição do Supremo em relação à natureza e eficácia do mandado de injunção, nos termos do que vem sendo decidido no MI 670/ES (v.



delegados pelo Estado, e, por fim, quais são os que não podem deixar de ser fornecidos em nenhuma hipótese (por interesse público, ou em que pese a situação de miserabilidade dos usuários), depende de opções políticas, a partir dos valores imperantes num determinado meio social em determinada época, o que conduz à análise empreendida no início do presente trabalho e comprova, uma vez mais, a profunda imbricação entre Economia, Direito, Política e Ética.

## CONCLUSÃO

O estudo de realidades humanas impõe que se tome, como ponto de partida, a consideração da complexa natureza do ser humano, o qual tem de ser analisado, ao mesmo tempo, em sua plena existência individual e em sua plena existência social.

Ao assim se proceder, chega-se, em última análise, às seis dimensões ou essências do humano, a saber: política, econômica, ética, religiosa, científica e estética.

E o desequilíbrio em qualquer dessas dimensões ou essências impede o desenvolvimento efetivamente pleno do ser humano.

Não obstante, reconhece-se que a dimensão ou essência econômica seja a mais relacionada com aspectos vitais, isto é, atinentes à própria sobrevivência, em muitos casos, dos seres humanos - o que não significa que, contudo, seja ela, numa sociedade organizada, mais importante ou condicionante das demais.

Por outro lado, as dimensões ou essências do humano coabitam, mutuamente influenciando-se umas às outras. Para efeitos do presente trabalho, interessou destacarem-se as profundas e mútuas influências entre a Economia, a Política e a Ética, sendo o Direito resultante dessas duas últimas.

De resto, as profundas interações entre Economia e Direito vêm sendo, já há muito, objeto de estudo de inúmeros pensadores, dentre eles, Jeremy Bentham, Adam Smith, Karl Marx, Rudolph Stammler, Max Weber e Ludwig von Raiser, sem falar em trabalhos mais recentes de destacados economistas, como Ronald Coase e Gary Becker.

Compreendida essa inter-relação em muito largas linhas, verifica-se que, no início do Séc. XVIII, no alvorecer do chamado liberalismo econômico, não se tinha - pelo menos na retórica oficial - a clara percepção de que o Estado sempre desempenha um papel em relação à Economia, ainda quando pareça ser um Estado absentéista, visto que as atividades econômicas sempre se desenvolvem numa dada estrutura institucional.

De outra sorte, nem se confirmou historicamente o pressuposto do pensamento liberal de que o sistema de mercado funciona sempre naturalmente, havendo hoje um consenso entre economistas e juristas sobre a existência das chamadas falhas de mercado, assim consideradas a inexistência de plena mobilidade dos fatores de produção e de acesso às informações relevantes, a concentração econômica, as externalidades e os bens coletivos.

Daí que, a partir do fim do Séc. XIX, surge o conhecido "Direito antitruste", passando o Estado a ser assumidamente intervencionista na economia. Mas ainda se considerava que sua atividade em relação à economia era meramente episódica, ocasional, pelo que a expressão "intervenção".

Levando em conta, porém, que, a partir dos primeiros anos do Séc. XX, mas, principalmente após as duas Grandes Guerras Mundiais, forçoso foi o reconhecimento da necessidade de atuação do Estado perante a Economia para evitar ou minorar as conseqüências de crises econômicas, além do que as Constituições de praticamente todos os países - ao menos do mundo ocidental - passaram a consagrar também direitos econômicos e sociais, que vieram a se somar aos clássicos direitos e garantias individuais e políticos, passou-se a considerar, de forma geral, como papel do Estado o de garantir o bem-estar material a todos os seus cidadãos.

Passa-se a falar, pois, em Estado de Bem-Estar, reconhecendo-se uma atuação estatal em relação à Economia evidentemente nem um pouco episódica, passando, ao revés, a ser absolutamente constante.

No entanto, ainda no Séc. XX, especialmente a partir do início dos anos 80, retornam com toda a força as idéias liberais, ou melhor, o neo-liberalismo, em parte, ante a constatação de que, em geral, os Estados se revelaram menos eficientes que as empresas particulares, em parte, ante as assombrosas dívidas públicas acumuladas. Há que se destacar, ainda, a influência, nesse processo, do fenômeno da globalização econômica, que exige de todos os agentes econômicos, em escala mundial, maiores níveis de eficiência e competitividade, bem como a própria derrocada do comunismo na maior parte dos países que o haviam adotado.

Todas essas influências chegaram ao Brasil, que também passou a se ocupar do

redimensionamento do Estado, adotando providências para a privatização - entendida esta expressão em seu sentido amplo.

Assim, não há dúvida de que o sistema de mercado é o que prevalece no mundo de hoje, onde o que, como e para quem produzir permanecem sendo decididos, respectivamente, de forma geral, pela massa dos consumidores; com o menor custo possível, dentro do padrão de qualidade definido pelos consumidores; e para quem puder pagar.

Mas o pressuposto psicológico-comportamental do sistema, que, antes, era exclusivamente centrado no hedonismo individualista, parece ter-se deslocado, ao menos em parte, para se admitir a necessidade - permanente - de decisões político-estatais introduzirem limites às escolhas pautadas exclusivamente pela racionalidade hedonista, que acaba não resolvendo ou dando conta de todos os problemas que decorrem do sistema de mercado. Paradoxalmente, isso ocorreu no momento em que se entendeu necessário reduzir as dimensões do Estado.

Conquanto se admita a existência das chamadas "falhas de governo", decorrentes dos interesses próprios e específicos dos políticos, da burocracia e dos grupos de pressão, o fato é que não se conseguiu, até hoje, chegar a um outro regime político melhor do que o das democracias modernas do mundo ocidental.

E, em que pese a Política e a Economia estejam intrinsecamente relacionadas, o poder político não se confunde com o poder econômico. Aquele, e não este, é que permite a participação democrática.

As empresas, grandes ou pequenas, buscam fundamentalmente o lucro. Nessa busca, geram riquezas, impulsionam avanços tecnológicos e, mesmo, científicos. Mas não são elas o ambiente propício para as discussões democráticas; não é no seio delas que o ser humano pode encontrar a realização de sua essência (ou dimensão) política, tampouco obter a definição dos direitos humanos fundamentais ou, mesmo, na maior parte das vezes, alcançá-los à generalidade da população.

Sem decisões políticas, instrumentalizadas em regras jurídicas, corre-se o risco de a busca cega pelo lucro causar desastres ambientais, desemprego em massa, produtos que

causem danos à saúde das pessoas, etc. - todos resultados não desejados num mundo democrático. Assim, há que se reconhecer a necessidade do Estado e sua atuação em relação à Economia.

No Brasil, o Estado, atuando perante a Economia, pode ser classificado como: 1) normatizador (art. 174 da CF/88), seja por sua regulação básica, ou a de polícia, ou a econômica em sentido estrito (por normas diretivas ou indutivas), seja, enfim, por planejar sua própria atuação futura (arts. 165 a 169 e 174 da CF/88); 2) fiscalizador/sancionador (art. 174 da CF/88); 3) emissor de moeda (arts. 21, VII, e 164 da CF/88); 4) financiador de atividades econômicas (art. 163, VII, da CF/88); 5) prestador de serviços públicos (art. 175 da CF/88).

Há, ainda, a intervenção do Estado sobre a Economia, que pode se dar por: 1) absorção (monopólios - art. 177 da CF/88); 2) participação (em regime de concorrência com empresas privadas - art. 173 da CF/88).

E serviço público pode ser entendido, no Brasil, como *“uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”<sup>214</sup>*.

Embora os serviços públicos não deixem, no fundo, de ser espécies do gênero atividade econômica, por sua relevância, num dado momento histórico, para um determinado país, recebem um tratamento jurídico diferenciado, afastando-se da premissa que orienta todas as demais atividades privadas, que é a mera obtenção do lucro. Nos serviços públicos, os objetivos, ao revés, são outros, devendo-se desde logo destacar, por sua importância, o alcance da dignidade da pessoa humana, por meio do fornecimento de prestações que implementem os direitos humanos fundamentais.

Já as atividades econômicas em sentido estrito praticadas pelo Estado com fundamento no art. 173 da CF/88 equivalem ao que parte da doutrina ainda hoje designa por "serviços públicos industriais e comerciais".

Tampouco podem os serviços públicos, que são prestações materiais visando o bem-

estar da população, ser confundidos com as funções públicas, destacadas pela doutrina italiana, pois estas referem-se às atividades desempenhadas pelo Estado no exercício de sua soberania. Em outras palavras, pode-se dizer que as funções públicas identificam-se com os atos jurídicos do Estado, indelegáveis, e os serviços públicos com a prestação de atividades materiais, em geral passíveis de delegação.

Nem podem, por fim, ser confundidos os serviços públicos com os serviços impróprios e virtuais, os quais, conquanto guardem interesse público, são apenas atividades estritamente regulamentadas, mas sem o vínculo orgânico com o Estado, nem prestadas propriamente em regime de Direito Público.

As profundas alterações na relação entre o Estado e a Economia, antes mencionadas, contudo, levaram também a uma alteração na própria concepção do serviço público, cuja delegação a particulares passou a ser amplamente admitida e em novas bases, pois, antes, o que predominava era a prestação em regime de monopólio, e hoje é a em regime de concorrência.

Dá que se fala em "*unbundling*", que significa segmentar determinados serviços em duas ou mais atividades, adotando regime concorrencial para alguma(s) dela(s).

Seja como for, no Direito brasileiro, por força da Lei n° 8.987/95, art. 6º, os serviços públicos, ainda que delegados a particulares, devem ser prestados de modo adequado, o que significa que devem atender às condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ainda há que ser destacado que, no Direito brasileiro, ao contrário do que se tem verificado em outros ordenamentos jurídicos, por força do art. 175 da CF/88, mantém-se o vínculo orgânico com o Estado, que não é perdido nem no caso das atividades que passam a ser desempenhadas em regime concorrencial.

Quanto à remuneração dos serviços públicos, considerando todos os desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais, pode-se dizer que:

---

<sup>214</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Op.cit.*, p. 478.

- para os chamados serviços propriamente estatais, que, na realidade, são as funções públicas: são indelegáveis e são remunerados por impostos ou taxas (estas só passíveis de exigência nos casos de serviços específicos e divisíveis em relação ao contribuinte - as chamadas taxas pelo exercício regular do poder de polícia);
- para os serviços públicos propriamente ditos:
  - "uti universi": são indelegáveis e são remunerados por impostos;
  - "uti singuli": se prestados diretamente pelo Estado, serão remunerados por taxas; se prestados por concessionários ou permissionários, serão remunerados por preços públicos (tarifas).

Por fim, considerada a questão da suspensão da prestação de serviços públicos, ante a inadimplência dos usuários, tal como admitida pelo art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/95, tem-se que, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento no sentido dessa possibilidade, fundamentalmente sob o argumento de que as concessionárias e permissionárias desses serviços não podem ser compelidas a continuar a operar sem a devida contraprestação. Ressalva-se, apenas, em atenção à parte do dispositivo que determina se leve em conta o interesse da coletividade, os casos de municípios inadimplentes, em relação aos quais não pode haver corte indiscriminado de luz, p.ex., afetando áreas em relação às quais a falta de energia colocaria em perigo a população, tais como ruas, hospitais e escolas públicas.

No entanto, identifica-se, nessa norma, parcial inconstitucionalidade por omissão.

É que, além da hipótese acima ressalvada, entende-se que mais duas deveriam ser consideradas:

- a dos serviços de fruição compulsória (os mesmos que, num regime de prestação direta pelo Estado, imporiam a exigência de taxa pela mera colocação do serviço à disposição do usuário). Destacam-se os serviços de interesse público por dizerem respeito a questões de saúde pública, tais como a coleta de esgotos, o recolhimento de lixo domiciliar e o próprio fornecimento de água tratada;
- a das pessoas que nada podem pagar pela prestação de serviços considerados

vitais, porque se encontram numa situação de extrema pobreza. Tais pessoas não têm menos direito à dignidade que as demais. Haveriam que fazer jus, ao menos, aos serviços mais básicos dentre todos, prestados ainda que num nível mínimo, independentemente de pagamento. Trata-se do que os próprios europeus, que, em princípio, não lidam com as situações de extrema pobreza dos países em desenvolvimento, como o Brasil, chamam de "serviços universais". Ademais, o exame do próprio sentido e da evolução dos serviços públicos evidencia que eles existem justamente porque se os considera tão essenciais que o Estado assume sua prestação, num regime diferente do aplicável às atividades econômicas em sentido estrito. Ainda, no Direito brasileiro, é tranqüila a noção de que os serviços públicos, para serem considerados prestados de modo adequado, devem ser prestados com observância do requisito da generalidade, isto é, sem distinções discriminatórias entre as pessoas - e aqui se propugna a aplicação desse requisito, em sua inteireza, pelo menos em relação aos serviços reputados como vitais.

Neste último sentido, entende-se que o próprio fornecimento de água tratada, se já não estivesse incluído na primeira hipótese ressalvada, deveria, ao menos, integrar-se nesta última. E aqui também se inclui o fornecimento de energia elétrica, tão importante no mundo contemporâneo, especialmente pela necessidade de manter a refrigeração de alimentos.

É evidente, porém, que essas situações não podem ser ressalvadas sem que se preveja uma sistemática que assegure uma adequada contraprestação aos delegatários dos serviços públicos, caso se entenda de delegá-los.

Portanto, a lei geral de concessão e permissão de serviços públicos (Lei nº 8.987/95) deveria prever, p.ex., subsídios estatais, custeados por impostos pagos por toda a sociedade, ou tarifas maiores, pagas por quem tenha condições de pagá-las, a exemplo do que, em parte, já existe na legislação das telecomunicações.

Ou, por outra, pode-se entender, simplesmente, que o melhor, em determinadas circunstâncias, é não delegar a prestação de um dado serviço público.

Em qualquer caso, trata-se de decisões políticas, dependentes de deliberação democrática a se fazer, em princípio, no âmbito do Poder Legislativo, levando em linha de



conta os aspectos econômicos e éticos envolvidos, o que demonstra a profunda imbricação entre Economia, Política, Ética e Direito, a que se aludiu ao longo de todo o trabalho.

Mas o que é preciso ter presente é que o que não se pode admitir, por mais que se entenda a necessidade, face aos influxos neo-liberais e à globalização econômica, de se introduzirem alterações no modelo de Estado que se tem, é que se cheguem a resultados que conflitem com as opções fundamentais já traçadas pela sociedade brasileira em sua Constituição Federal. Como se viu, isso acabou acontecendo na medida em que a legislação ordinária não ressaltou a necessidade de continuidade, mesmo em face de inadimplência, dos serviços públicos de fruição compulsória para todas as pessoas, e nem de serviços públicos (mesmo os básicos ou vitais) para as pessoas extremamente pobres, tão destinatárias do princípio da dignidade humana quanto todas as demais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de derecho público económico; modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Granada: Comares, 1999.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução. *In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

BARRE, Raymond. *Economia política*. Rio de Janeiro/São Paulo: DIFEL, [s.d.], v. 1.

BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

BASSOLS COMA, Martín. *Constitución y sistema económico*. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1988.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão e permissão de serviços públicos*. Curitiba: Juruá, 1995.

BUCHANAN, James M. *Custo e escolha: uma indagação em teoria econômica*. São Paulo: Inconfidentes, 1993.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Breve introdução ao direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito econômico, direito internacional e direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 3.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Serviços públicos e tributação. *In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. *In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos*

jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. *Estado, empresa e função social*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 85, v. 732, p. 38, out/1996.

\_\_\_\_\_. *O indispensável direito econômico*. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 54, v. 353, p. 14, mar./1965.

\_\_\_\_\_. *Ordem econômica na Constituição brasileira de 1988*. Revista de Direito Público, São Paulo, a. 23, v. 93, p. 263, jan.-mar./1990.

\_\_\_\_\_. *Planejar o desenvolvimento: perspectiva institucional*. Revista de Direito Público, São Paulo, a. 21, v. 88, p. 18, out.-dez./1988.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. *Política energética: um estudo acerca da possibilidade de suspensão do fornecimento de energia elétrica sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: [www.ibap.org/teses/niltoncarlosdealmeidacoutinho/tese.doc](http://www.ibap.org/teses/niltoncarlosdealmeidacoutinho/tese.doc).

DALLARI, Adilson de Abreu. Tarifa remuneratória de serviços concedidos. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos: as ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1990.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na administração pública; concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FARENA, Duciran Van Marsen. *Federalismo e direito econômico*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 28, n. 111, p. 5, jul.-set./1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição econômica*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 178, p. 18, out.-dez./1989.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional de relações de consumo. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 7.ed.rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FREUND, Julien. *L'essence du politique*. Paris: Sirey, 1965.

FREY, Bruno S. *Política econômica democrática*. São Paulo: RT, 1987, v. 6.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2.ed.rev.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 9.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: 34, 2003.

HORTA, Raul Machado. *Constituição e ordem econômica e financeira*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 72, p. 7, jan./1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11.ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Empresa, ordem econômica e Constituição*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 109, abr.-jun./1998.

\_\_\_\_\_. *O regime jurídico das empresas estatais e a distinção entre "serviço público" e "atividade econômica"*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, p. 119, jan.-mar./2006.

LANDAUER, Carl. *Sistemas econômicos contemporâneos: uma análise comparativa*. São Paulo: Zahar, 1966, v. 1.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Globalização, regionalização e soberania*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. *Globalização econômica, política e direito: análise das mazelas causadas no plano político-jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

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

MACHADO, Hugo de Brito. *Serviços públicos e tributação*. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAGNOLI, Demétrio. *Manual do candidato: questões internacionais contemporâneas*. 2.ed. Brasília: FUNAG, 2000.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de *et al.* In *Conferências e debates: iniciativa privada e*

serviços públicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, a. 24, v. 98, p. 161, abr.-jun./1991.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 5.ed.atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Economia do setor público*. Rio de Janeiro: IPE/INPES, 1987.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Concessão de rodovias - Código do Consumidor - ação civil pública. Parecer*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 222, p. 315, out./dez. 2000.

MUKAI, Toshio. *Participação do Estado na atividade econômica: limites jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *A suspensão do serviço público pela concessionária em decorrência do não pagamento das contas pelo usuário*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, a. 9, v. 36, p. 130, out/dez. 2000.

NORTH, Douglas C. *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. 3.ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2006.

NOVAES, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra: [s.c.p.], 1987.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 2.ed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma codificação do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. *Limites e modalidades da intervenção do Estado no domínio econômico*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 37/38, p. 52, jan.-jun./1976.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. *A suspensão no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento*. *ADV Advocacia Dinâmica: Boletim Informativo Semanal*, São Paulo, v. 23, n. 37, p. 540, set./2003.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 6.ed. São Paulo: Max Limonad, 2004.

\_\_\_\_\_ (coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POSE, Guillermo Alfredo. *La intervención del Estado en empresas privadas*. Buenos Aires: Depalma, 1985.

PRADO, Antonio. *A queda da desigualdade e da pobreza no Brasil*. Disponível em: [www.bndes.gov.br/conhecimento/visao/visao\\_14](http://www.bndes.gov.br/conhecimento/visao/visao_14).

PREDIGER, Carin. *A atuação do Estado na ordem econômica da Constituição de 1988 sob a ótica da subsidiariedade estatal ou horizontal*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2005.

RIEFFEL, Luiz Reimer Rodrigues. *Um mundo refeito: o consequencialismo na análise econômica do direito de Richard Posner*. Porto Alegre: Faculdade de Direito, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, UFRGS, 2006.

SARTORI, Giovanni. *La democracia después del comunismo*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do Estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.

SILVA, Almiro do Couto e. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"?* Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 27, n. 57 Supl., p. 199, dez./2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. *Direito constitucional econômico: Estado e normalização da economia*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Aspectos jurídicos do planejamento econômico*.

2.ed.rev.atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; GARCIA, Patrícia Fernandes de Souza. Nova amplitude do conceito de "domínio econômico". In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figuras afins*. São Paulo: Dialética, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição econômica. In: SARAIVA, Paulo Lopo (coord.). *Antologia luso-brasileira de direito constitucional*. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1992.

\_\_\_\_\_. *Lições de direito econômico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

\_\_\_\_\_. *Primeiras linhas de direito econômico*. 5.ed. São Paulo: LTr, 2003.

\_\_\_\_\_. *O direito econômico no discurso constitucional*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 60/61, p. 271, jan.-jul./1985.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no Estado Democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: [s.c.p.], 2002.

TÁCITO, Caio. *Consumidor - falta de pagamento - corte de energia. Parecer*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 398, jan./mar. 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. A fiscalidade dos serviços públicos no Estado da sociedade de risco. In: TÔRRES, Heleno Taveira (coord.). *Serviços públicos e direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. A ordem econômica. In: *A Constituição brasileira 1988 interpretações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, [s.d.].

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

VIGORITO, Andrea. *Comparações da pobreza entre países*. Disponível em: [www.socialwatch.org/es/informeImpreso/pdfs/tematicosf2003\\_bra](http://www.socialwatch.org/es/informeImpreso/pdfs/tematicosf2003_bra).



WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3.ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

\_\_\_\_\_. *História geral da economia*. São Paulo: Mestre Jou, 1968.