

Capítulo 3

AS FORMAS DE ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO AO PROCESSO ECONÔMICO; A NOÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA; O DIREITO ECONÔMICO

33. Introdução. 34. Intervenção e atuação estatal. 35. Intervenção e regime jurídico dos contratos. 36. A expressão "atividade econômica". 37. (segue). 38. Atividade econômica: gênero e espécie. 39. A expressão "atividade econômica" no texto da Constituição de 1988. 40. Atividade econômica em sentido estrito e serviço público. 41. A multiplicidade dos regimes jurídicos. 42. Serviços públicos por definição constitucional. 43. (segue). 44. (segue). 45. Serviço público e Constituição. 46. (segue). 47. (segue). 48. Conceito e noção. 49. Noção de serviço público. 50. Atividade econômica em sentido estrito e regime de serviço público. 50a. O princípio da continuidade do serviço público. 50b. Radiodifusão sonora e de sons e imagens. 51. Privilégio de serviço público e monopólio de atividade econômica. 52. Empresa estatal e concessão de serviço público. 53. Ainda os vocábulos "intervenção" e "atuação". 54. A classificação das formas de intervenção no e sobre o domínio econômico. 55. (segue). 56. Planejamento. 57. A "existência" constitucional do Direito Econômico. 58. Concepção do Direito Econômico como método. 59. Direito Econômico, ramo do Direito.

33. À exploração, ao seu final, de duas linhas de indagação é voltado este ensaio. Uma, referida à interpretação do texto constitucional, no quanto respeita à ordem econômica — mundo do dever ser — tal como contemplada em nossa Constituição de 1988; outra, atinente ao seu caráter.

Pretendendo completar o quadro de subsídios que se reclama a fim de que possa fluentemente desenvolver essas linhas de indagação — o que já me permitem, em parte, os passos consumados na primeira parte do ensaio — torna-se necessária, ainda, a consideração dos temas da classificação das formas de atuação do Estado em relação ao processo econômico, da noção de atividade econômica, onde a distinção que aparta o campo dos serviços públicos (área de atuação estatal) do campo da chamada atividade econômica (área de atuação do setor privado), e da noção de Direito Econômico.

34. As classificações, como observei anteriormente,¹ não são verdadeiras ou falsas, porém úteis ou inúteis. Prestando-se uma delas a apresentar ou representar determinado objeto de modo a torná-lo compreensível, nos aspectos que se queira indicar, útil resultará.

Desde alguns anos,² valendo-me de idéia que me foi exposta por Gerson Augusto da Silva, venho me referindo a três modalidades de *intervenção*: *intervenção por absorção ou participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c).

Esse exercício classificatório, do qual não me afasto, deve não obstante ser reponderado, a fim de que se o enriqueça e consolide.

Assim, inicialmente, 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.³ 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 mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal*: *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais

1. V. itens 23 e 64.

2. V. meus *Planejamento econômico e regra jurídica*, Ed. RT, São Paulo, 1978, pp. 23-24 e *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 63-67.

3. V. item 23.

amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.

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, ação 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*.

Isso nos remete ao tema da distinção que aparta o campo dos *serviços públicos* do campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Anteriormente a sua consideração, todavia, cumpre deitarmos atenção a dois outros aspectos.

Ao final disso tudo retornarei à questão da classificação de que ora cogito.

35. A atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito acarretou uma série de transformações no direito. Um dos flancos mais atingidos foi justamente o do regime dos contratos.

Tem-se afirmado, sistematicamente, que os dois valores fundamentais juridicamente protegidos nas economias do tipo capitalista são, simetricamente, o da propriedade dos bens de produção — leia-se *propriedade privada dos bens de produção* — e o da liberdade de contratar (ainda que se entenda que tais valores são preservados não em regime absoluto, mas relativo).

A verdade, no entanto, é que tais valores não estão dispostos em situação simétrica, sendo mais correto observar que a liberdade de contratar não é senão um corolário da propriedade privada dos bens de produção. Isso porque a liberdade de contratar tem o sentido precípua de viabilizar a realização dos efeitos e virtualidades da propriedade individual dos bens de produção. Em outros termos: o princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção. A atuação do Estado *sobre* o domínio econômico, por isso mesmo, impacta de modo extremamente sensível sobre o regime jurídico dos contratos.

Partindo de um modelo ideal de liberalismo econômico, verificaremos que, nele, as partes na relação contratual transformavam em ato toda a potência de suas vontades. Imperava então o voluntarismo contratual, caracterizado por um largo poder de auto-regulação no negócio jurídico, apenas não irrestrito porque restringido pela necessidade de submissão da vontade das partes ao interesse coletivo. A construção contratual, então, surgia como manifestação da prerrogativa, das partes, de criar o seu próprio direito.

Ampliando-se, no entanto, as funções do Estado, passa ele, mediante a dinamização de instrumentos e mecanismos vários, a condicionar e a direcionar o exercício daquela prerrogativa. Do momento do voluntarismo, passamos ao do dirigismo contratual — na expressão cunhada por Josserand. A ação intervencionista do Estado acaba por impor a reformulação da teoria ortodoxa dos fundamentos do contrato, levando a uma minimização dessa prerrogativa.

A ação estatal sobre os contratos é de importância capital, dada a sua configuração como instituto fundamental na economia de mercado. Isso porque a conformação das relações contratuais importa a conformação do exercício da própria atividade econômica. Daí a sua transformação — dos contratos que se praticam na economia de mercado administrado, ordenado ou organizado — em instrumentos dinâmicos voltados ao alcance não apenas dos fins almejados pelas partes mas também, na medida em que conformados pelo Estado, dos fins últimos da ordem econômica. Alguns autores, por isso mesmo, findam por apontar nos contratos verdadeiros instrumentos de política econômica,⁴ enfatizando René Savatier⁵ que estão eles hoje transformados menos em uma livre construção da vontade humana do que em uma contribuição das atividades humanas à arquitetura geral da economia de um país, arquitetura esta que o Estado de nossos dias passa, ele mesmo, a definir. Os contratos, então, se transformam em condutos da ordenação dos mercados, impactados por normas jurídicas que não se contêm nos limites do Direito Civil: preceitos que instrumentam a

4. Cf. René David, no prefácio à obra de Magdi Sobhy Khalil, *Le Dirigisme Économique et les Contrats*, LGDJ, Paris, 1967, p. VII.

5. *Du Droit Civil au Droit Public*, LGDJ, 2ª ed., Paris, 1950, p. 65.

intervenção do Estado sobre o domínio econômico, na busca de soluções de desenvolvimento e justiça social, passam a ser sobre eles apostos.

A liberdade contratual, que se decompõe em liberdade de contratar ou de abster-se de contratar e em liberdade de configuração interna dos contratos, sofre limitações ponderabilíssimas, em ambos esses aspectos. Às normas jurídicas de cunho meramente dispositivo, do Estado Liberal — apenas excepcionadas por uma ou outra disposição de ordem pública — sucede modernamente um conjunto de outras, impositivas, a definirem ora formas e fórmulas contratuais necessárias, ora a obrigação de contratar ou de não contratar.

No que diz respeito à liberdade de configuração interna dos contratos, apresenta-se, sob o impacto das técnicas intervencionistas, extremamente relativizada. Incidem sobre eles disposições que acabam por alterar os seus elementos essenciais. Pensamos o contrato como resultado de livres consentimento e estipulação de coisa e preço: um dos elementos primordiais à configuração interna do contrato é o preço. Em um regime de controle de preços, todavia, tal elemento é determinado, em grande número de casos, independentemente da vontade das partes. De outra parte, inúmeras vezes, também, as condições de validade do contrato e o condicionamento de sua execução dependem de ou residem em disposições normativas ou atos administrativos externos à vontade das partes.

Mencione-se a título de exemplificação, aqui, os contratos de transferência de tecnologia e análogos, em especial os celebrados com empresas do exterior, sujeitos cumulativamente a aprovação e registro do INPI e do Banco Central.

Outro aspecto a referir é o relacionado à padronização dos contratos. Na passagem do século manifesta-se uma forte tendência neste sentido, inicialmente definida em função de razões de economia administrativa — em vista da necessidade de simplificação dos negócios — e, posteriormente, enfatizada pela mecanização da vida moderna. A técnica da padronização dos contratos surgiu, ao que tudo indica, no âmbito dos contratos de transporte ferroviário. A experiência demonstrou, no entanto, que a padronização deles por uma das partes levava a um inevitável comprometimento da liberdade de contratar daqueles que se co-

locam em posição adversa, na relação contratual, à do contratante que detém o poder de padronização. É necessário não esquecer que Carnelutti,⁶ referindo o direito como expressão da paz, situa no contrato apenas um momento de trégua no conflito de interesses entre duas partes — trégua essa que, às vezes, tem duração efêmera, que subsiste apenas durante o período em que não seja ele colocado sob discussão judicial. Pois bem: logo se verificou que, na composição de interesses que o contrato instrumenta, quando uma das partes padroniza o contrato, é capaz de impor à outra condições e cláusulas que comprometem a própria essência da liberdade de contratar. Passou o Estado, então, não apenas a regular a capacidade de padronização dos contratos pela parte hiper-suficiente, mas também a substituir a adesão de uma das partes ao contrato pela adesão de ambas as partes a padrões deles, que fixou. Aí o surgimento de contratos com cláusulas padronizadas por ato estatal, no que a relativização do princípio da liberdade de contratar, enquanto liberdade de configuração interna dos contratos.

Tome-se como exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro. Nesta última hipótese, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados — tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e com o extinto BNH.

Devo, neste ponto, abrir um parêntese para, antes de penetrar a análise da outra faceta da liberdade de contratar — isto é, da liberdade de contratar ou de abster-se de contratar — observar que as técnicas que impactam sobre a liberdade de configuração interna dos contratos ensejam o surgimento de uma ordenação e organização nova do relacionamento, entre si, dos agentes econômicos em ação nos mercados. Tomando de um exemplo marcante, verificaremos que a fixação de preços pelo Estado gera a obrigação, para o agente econômico, de praticá-lo no limite fixado, daí se originando dois direitos distintos: o público, do Estado, de ver cumprida sua determinação, tendo em vista a satisfação do interesse social; o privado, da parte adversa contratan-

6. *Como nace el derecho*, trad. de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, Buenos Aires, p. 54.

te, de ver satisfeito o seu interesse, pessoal, em não pagar mais do que o definido pelo texto normativo. A ordenação da atividade econômica supõe, no âmbito contratual, a definição de normas que alcançam em dois níveis os agentes econômicos: comportamentos a serem assumidos perante a Administração e comportamentos a serem assumidos perante os demais agentes econômicos. Daí não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes — relação do agente econômico com o Estado — mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais — relação dos agentes econômicos entre si.

De outra parte, enquanto liberdade de conclusão ou liberdade de não conclusão de contratos, a liberdade de contratar passa também por profunda reformulação. Manifesta-se então uma série de hipóteses em que ocorre falta de espontaneidade na vinculação contratual. O princípio em questão torna-se então sujeito a limitações que Larenz⁷ classifica em dois tipos: *limitações imanentes ao próprio instituto contratual* e *limitações derivadas de princípios de economia dirigida*.

Entre as primeiras encontramos as obrigações de contratar dos concessionários de serviços públicos e a obrigação de fazê-lo quando a recusa contraria os bons costumes. A obrigação de contratar imposta aos concessionários de serviço público — corolário do princípio inscrito no inciso IV do art. 175 da Constituição de 1988 — decorre da circunstância de estarem sujeitos ao dever de fornecer serviço à comunidade. Entre as obrigações de contratar por imposição dos bons costumes, segundo Larenz, incluem-se as do médico — que não pode se recusar, sem motivos fundados, a atender a um enfermo — e a do monopólio — que não pode se recusar a prestar serviços ou bens a um possível competidor; os fundamentos do dever de contratar nos exemplos, estariam na vulneração de um dever profissional e na coibição da concorrência desleal.⁸

7. *Derecho de Obligaciones*, trad. de Jaime Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madri, 1958, t. I, pp. 66 e ss.

8. A propósito das obrigações de contratar dos monopólios — de direito e de fato — e também dos concessionários, no direito italiano, v. Pietro Barcellona,

Quanto às segundas, surgem, segundo Larenz,⁹ no clima de *ordenação dos mercados* e se distinguem daquelas iminentes ao princípio da liberdade contratual, consubstanciando uma parcial derrogação dele.

A classificação de Larenz apresenta a virtude de distinguir hipóteses em que a obrigação de contratar independe de definição legal — limitações iminentes — e em que o dever de fazê-lo decorre de expressa previsão do Poder Legislativo — limitações não iminentes.

Bosquejado o direito positivo nacional, encontraremos inúmeros casos de contratação coativa alinhados em expressas disposições legais ou delas decorrentes. Aí, além das hipóteses de empréstimo compulsório, de contratos de seguro, entre outras, as de que tratam os incisos XIII, XIV, XVI e XXII do art. 21 da Lei n. 8.884, de 11.6.94. Anote-se ainda o dever, dos bancos comerciais, de aplicar parte de seus recursos disponíveis na concessão de crédito rural e de crédito às pequena e média empresas. Em todos esses casos estamos diante de hipóteses de contratação coativa, consubstanciando, a sua imposição, a atuação de técnicas de intervenção *sobre* o domínio econômico.

De resto, a atuação estatal ordenadora do processo econômico se manifesta de modo tão incisivo que, por vezes, não se limita o Estado a simplesmente impor a celebração coativa de contratos, mas define como compulsório o próprio exercício da atividade econômica. São os casos, exemplares, dos titulares de um privilégio de invenção ou de concessão para a exploração de jazida mineral, que deles serão despojados na hipótese de deixá-los sem exploração. Ai, na verdade, não se configura contratação coativa, mas exercício coativo de atividade econômica.

Considere-se também as hipóteses de que tratam os incisos XX e XXI do art. 21 da Lei n. 8.884/94.

No que tange aos contratos coativos, devo ainda lembrar que parte da doutrina reluta em admitir a possibilidade de sua existência, negando-se a aceitar a substituição da vontade própria

Intervento Statale e Autonomia Privata nella Disciplina dei Rapporti Economici, Giuffrè Editore, Milão, 1969, pp. 37 e ss.

9. Ob. cit., pp. 70-71.

dos contratantes — ninguém pode estar submisso a outras leis senão àquelas que se impõe a si próprio (Kant) — pela vontade *imposta a uma das partes* pela lei. Mas se a lei, guardando compatibilidade com a ordem constitucional, impõe a uma das partes o dever de contratar, vontade a ela imposta pela lei haverá, no âmbito do direito — deste determinado direito — que albergar essa lei. Diante da realidade, objetiva, do direito positivo cedem as máximas e os ensinamentos da doutrina, ainda que, a seu tempo, plenos de *auctoritas*. O contrato individualista e subjetivista não é uma verdade universal, inacessível à lei da evolução.¹⁰

Além disso, a técnica dos contratos coativos não importa jamais a substituição da *vontade das partes* pela *vontade imposta pela lei*. O que neles há é tão-somente a substituição da *vontade de uma das partes* pela *vontade da lei*. Não se pode descrever os contratos coativos, nestas condições, como inteiramente supressivos das vontades próprias *dos contratantes*.

Neles, sempre, *apenas uma das partes é vinculada*, cabendo à outra optar por contratar ou não contratar. De outro lado, como observa percucientemente Gerard Farjat,¹¹ nas diversas situações de contratação coativa restam margens suficientes ao exercício, pelas partes contratantes, da liberdade de configuração interna dos contratos.

As partes, mesmo no contrato coativo, estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. O contrato coativo é, ainda, *contrato*. Apenas, nele, o particular é alcançado pelo *dever* de contratar, isto é, de assumir *obrigação* perante terceiro.

A propósito, entenda-se por *dever jurídico* uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. *Obrigação*, em sentido estrito, como vínculo em razão do qual uma pessoa (devedor) deve à outra (credor) o cumprimento de certa prestação. O *dever* é um vínculo imposto à vontade; a *obrigação*, embora suponha uma situação de dever, na qual se coloca o devedor, é consequência da manifestação da vontade do devedor. Quando o Estado impõe ao particular o *dever de contratar*, vincula sua vontade no sentido de manifestá-la em determinada direção. O *dever de contratar*, no contrato coativo, é *dever de*

10. Magdi Sobhy Khalil, ob. cit., p. 247.

11. *Droit Privé de l'Économie*, PUF, Paris, 1975, pp. 109-110.

assumir obrigação. Assumida a *obrigação*, por imposição do *dever* que o vincula, o particular, no contrato coativo, coloca-se sob *situação obrigacional*.

No mais, cumpre enfatizar que a reformulação por que passou o princípio da liberdade de contratar, na faceta ora sob consideração, não somente impõe aos particulares contratações coativas, mas, por vezes, obriga-os a abster-se de contratar. A hipótese exemplar é a da limitação da expansão do crédito, definida em resoluções do Conselho Monetário Nacional, que importa precisamente a imposição, em relação às instituições financeiras, de abstenção de contratar a concessão de crédito tão logo atingido, no período anual, determinando volume de negócios.

A exposição ora produzida é expressiva da relevância que assume a dinamização, pelo Estado, das técnicas — no caso *por direção* — de atuação interventiva *sobre* o domínio econômico, evidenciando por um lado a amplitude dos temas albergados pelo Direito Econômico e, por outro, a assertiva de que não há institutos jurídicos cuja análise seja monopólio dos cultores de um determinado ramo do direito: os contratos, enquanto realidade jurídica, não são objeto de um privilégio de consideração pelos civilistas; para que os possamos compreender, impõe-se a sua detida consideração também desde a visão do Direito Econômico.

36. Porque nutrida na linguagem natural, a linguagem jurídica apresenta textura aberta, na qual proliferam as chamadas palavras — e expressões — “camaleão”,¹² que constituem um perigo tanto para o pensamento claro quanto para a expressão lúcida. A expressão “atividade econômica” é uma delas.

A busca da determinação da conotação das palavras e expressões em certo contexto normativo configura, como adiante enfatizarei, um ato de interpretação. Quando essa busca é empreendida em razão de a palavra ou expressão apresentar um largo arco de denotação, o ato de interpretação é praticado, como abaixo também observo, no nível do *contexto lingüístico*.

Esse exercício de interpretação é que cumpre, neste passo, desenvolver em torno da expressão “atividade econômica”.

12. W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, trad. de Genaro Carrió, Centro Editor de América Latina S/A, Buenos Aires, 1968, pp. 45-46.

Não se perca de vista, porém, a anotação de Karl Larenz (*Methodenlehre*, cit., p. 83; na trad. espanhola, p. 189): a linguagem jurídica deve ser considerada um “jogo de linguagem”, no sentido que a essa expressão atribui Wittgenstein (v. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., p. 60).

37. Da questão, referindo-me ao preenchimento dos conceitos de *serviço público* e de *atividade econômica*, tratei anteriormente, de modo específico.¹³

Mais de uma razão — além daquela atinente à necessidade de bem distinguirmos *intervenção* (atuação estatal no campo da *atividade econômica em sentido estrito*) e *atuação estatal* (ação do Estado no campo da *atividade econômica em sentido amplo*) — recomendam seja a mesma questão retomada.

É que, por um lado, a Constituição de 1988 aparta, a ambos conferindo tratamento peculiar, *atividade econômica* e *serviço público*. No art. 173 enuncia as hipóteses em que é permitida a exploração direta de “atividade econômica” pelo Estado, além de, no § 1º deste mesmo art. 173, indicar regime jurídico a que se sujeitam empresa pública, sociedade de economia mista e suas subsidiárias que explorem “atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços”. No art. 175 define incumbir ao Poder Público a prestação de “serviços públicos”. Além disso, o art. 174 dispõe sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador da “atividade econômica”. A necessidade de distinguirmos *atividade econômica* e *serviço público* é assim, no quadro da Constituição de 1988, inquestionável.

Por outro lado, como a expressão “ordem econômica”, no contexto do art. 170 do texto constitucional, é conversível nas expressões “relações econômicas” ou “atividade econômica”,¹⁴ cumpre-nos precisar, também, que *atividade econômica* é esta, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

13. Meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 109-114.

14. V. item 18.

38. Como tenho observado, inexistente, em um primeiro momento, oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*; pelo contrário, na segunda expressão está subsumida a primeira.

Em texto anterior¹⁵ 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.¹⁶”

“Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado.”

Salientei, no próprio texto, o fato de, no trecho aqui transcrito, utilizar-me da expressão *atividade econômica* em distintos sentidos:

“Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie*, *serviço público*.

“Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de *espécie*”.

Daí a verificação de que o gênero — *atividade econômica* — compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*.

Estamos em condições, assim, de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade eco-*

15. Meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., p. 109.

16. Constituição de 1988, art. 175.

nômica em sentido amplo conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie.

Pretendi, em meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 90 — e nisso insisti no *Direito, conceitos e normas jurídicas* (p. 110) —, procurando tornar fluente o discurso expositivo e, para tanto, fugindo à contínua repetição de duas expressões paralelas (a.e. em sentido amplo e a.e. em sentido estrito), substituir a segunda delas por *iniciativa econômica*. Esta, porém, é também expressão ambígua, na medida em que, como alguém já afirmou, a iniciativa está para a atividade econômica assim como a espoleta está para a granada. Em outros termos: se o exercício da atividade econômica em sentido estrito supõe *iniciativa — iniciativa privada* — também a supõe, enquanto espécie de atividade econômica em sentido amplo, o serviço público (cf. meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 90-91); isto é, toda e qualquer atividade econômica, tal qual toda e qualquer atividade, pressupõe *iniciativa*. A ambigüidade das palavras e expressões da linguagem natural nos enreda, como se vê, em sucessivas ciladas.

Rigorosamente, o gênero *atividade econômica em sentido amplo* compreende três espécies, e não apenas duas — a da *atividade econômica em sentido estrito* e a dos *serviços públicos*. Convém acrescentarmos a essas duas primeiras espécies do gênero a das *atividades ilícitas*, ou seja, atividades econômicas em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei. Os exemplos são inúmeros: produção e comércio de drogas; proxenetismo, *v.g.*, todas essas *atividades econômicas em sentido amplo* consubstanciando tipos penais. Tome-se, porém, o caso da exploração de loterias, *atividade ilícita* cuja prática é excepcionalmente admitida, nos termos da lei (Decreto-lei n. 204, de 1967, e Lei n. 6.717, de 1979), para ser empreendida pelo Estado — hipótese na qual migra do campo da ilicitude para o universo dos *serviços públicos*. A lei, ao definir a exploração das loterias como serviço público, atendeu a *forte e justificável razão de interesse social* (*v.*, adiante, item 45). Essa exploração atende, precipuamente, ao *interesse social*, na medida em que parte considerável do produto de sua exploração assume o caráter de receita pública: *v.g.*, a “renda líquida obtida com a exploração dos serviços de loteria” é, *ex vi* do disposto no art. 1º do Decreto-lei n. 204, de 1967, “obrigatoriamente destinada a aplicações de *caráter social e de assistência médica, em empreendimentos de interesse público*”; sobre a receita de concursos de prognósticos incidem contribuições sociais (art. 195, III, da Constituição). A norma infraconstitucional que retirou a atividade de exploração de loterias do limbo da ilicitude reservou seu desenvolvimento ao Estado, definindo-a expressamente como *serviço público*. Poderia tê-la remetido, no universo das *atividades econômicas em sentido amplo*, ao

quadro das *atividades econômicas em sentido estrito*. Não o fez, todavia, na medida em que o legislador, interpretando a Constituição, nela encontrou – porque essa exploração instrumenta a realização do *interesse social* – parâmetros que a inserem na área dos *serviços públicos*.

39. Isto posto, a determinação dos sentidos que assume a expressão *atividade econômica* nos arts. 170, 173 e seu § 1º e 174 da Constituição de 1988 pode ser operada.

Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão conota *atividade econômica em sentido estrito*. O art. 173, *caput*, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de *atividade econômica*. Trata-se, aqui, de atuação do Estado — isto é, da União, do Estado-membro e do Município — como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*. As hipóteses indicadas no art. 173 do texto constitucional são aquelas nas quais é permitida a atuação da União, dos Estados-membros e dos Municípios neste segundo campo.

Da mesma forma, na redação originária do § 1º do art. 173, alterada pela Emenda Constitucional n. 19/98, a expressão conotava *atividade econômica em sentido estrito*: determinava ficassem sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que atuassem no campo da *atividade econômica em sentido estrito*; o preceito, à toda evidência, não alcançava empresa pública, sociedade de economia mista e entidades (estatais) que prestassem *serviço público*.

Sobre a distinção entre empresa estatal que exerce atividade econômica em sentido estrito e empresa estatal prestadora de serviço público, veja-se, da jurisprudência do STF, a ADI 83 e os REs 220.011, 229.696 e 354.857.

Observe-se que a redação originária do § 1º do art. 173 era distinta daquela do § 2º do art. 170 da Emenda Constitucional n. 1/69. Este último determinava: “Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”. O § 1º do art. 173 passou a sujeitá-las, bem assim outras entidades estatais — “que explorem atividade econômica” — ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quan-

to às *obrigações trabalhistas e tributárias*. Isso significa que empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades — que explorassem atividade econômica em sentido estrito — estavam sujeitas não às normas aplicáveis às empresas privadas, mas ao regime jurídico próprio delas, e não inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações, mas inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. O texto originário do § 1º do art. 173 era mais preciso, na medida em que mais incisivo: empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades (estatais) que explorassem *atividade econômica em sentido estrito* estavam sujeitas às mesmas obrigações trabalhistas e tributárias a que se sujeitam as empresas privadas.

A EC n. 19, de 4.6.98, deu, contudo, outra redação a esse § 1º do art. 173: “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: I — sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II — a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III — licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; IV — a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V — os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

Torna-se à primeira vista difícil compreendermos a alteração introduzida pela Emenda Constitucional n. 19/98 no § 1º do art. 173, que resultou de proposta do Poder Executivo. A leitura, contudo, do disposto na nova redação atribuída, pela própria Emenda Constitucional n. 19/98, ao inc. XXVII do art. 22 da Constituição pode esclarecer um pouco.

Diz o preceito, em sua nova redação: “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXVII — normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Vê-se bem, agora, que a proposta de Emenda Constitucional formulada pelo Poder Executivo visava à *flexibilização* — é a pa-

lavra da moda — das licitações a que devem se sujeitar as empresas estatais e ao regime jurídico aplicável aos contratos por elas celebrados. Daí se ter imaginado dois grupos distintos de normas gerais de licitação e contratação, o primeiro fundado sobre o disposto no inc. XXI do art. 37 — aplicável às administrações diretas, autárquicas e fundacionais — o segundo, sobre o inc. III do § 1º do art. 173 — aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

Sucedem não terem se dado conta, os redatores da proposta de emenda — ou teriam eles se dado conta disso? — de que, tratando o *caput* do art. 173 da *atividade econômica em sentido estrito*, seu § 1º haveria de abranger exclusivamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista que empreendem *atividade econômica em sentido estrito*, dele estando excluídas as que prestam *serviço público*.

O resultado de tudo é o seguinte: [i] *atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços*, no § 1º do art. 173 da Constituição, significa *atividade econômica em sentido estrito*, razão pela qual pouco mudou em relação aos regimes jurídicos aplicáveis às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram *atividade econômica em sentido estrito*; [ii] como o art. 22, XXVII, atribui à União competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais e para as empresas públicas e sociedades de economia mista de que trata o art. 173 — ou seja, para as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram *atividade econômica em sentido estrito* — não cabe à União legislar normas gerais de licitação e contratação para as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de *serviço público*!

Tal o absurdo que resulta dessa Emenda n. 19/98, que tem sido chamada de “emendão”... O descuido na elaboração do texto da proposta de emenda — terá sido descuido? — não chega ao extremo, todavia, de justificar se tenha como não alcançadas pela exigência da licitação as contratações de obras, serviços, compras e alienações pelas empresas estatais prestadoras de *serviço público*. A licitação, como observei em outra oportunidade,¹⁷ é um

17. *Licitação e contrato administrativo*, Malheiros Editores, 1995, p. 14.

procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*. Seu fundamento, bem assim o dos concursos públicos, encontra-se no *princípio republicano*.¹⁸ Dele decorre, na abolição de quaisquer privilégios, a garantia formal da igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avançar, mas também aos cargos e funções públicas. Daí porque a *escolha* do licitante com o qual a Administração há de contratar deve ser, *na República, a melhor escolha ou a escolha do melhor contratante*.¹⁹ Isso significa que ainda que a Constituição nada dispusesse a respeito da exigência de prévia licitação para que a Administração possa contratar, ainda assim algum processo seletivo, informado pelo princípio da *isonomia*, impor-se-ia em razão do princípio republicano.

Por isso, ainda que não se apliquem às empresas estatais prestadoras de serviço público as normas gerais de licitação e contratação dispostas pela União — a Lei n. 8.666/93, atualmente — estão elas sujeitas a licitação, mercê do princípio republicano e também do disposto no inc. XXI do art. 37 da Constituição, que, apesar do “emendão”, as alcança. Alguns Estados e Municípios possuem legislação própria sobre a matéria. Onde ela não existir aplicar-se-á a legislação estadual — se essa houver e de Município se tratar — ou a própria legislação federal, que também se aplica às empresas estatais federais prestadoras de serviço público.

Quanto às obrigações tributárias, o § 2º do art. 173 afirma que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. O que resta definidamente evidente, neste passo, é que tanto o preceito inscrito no § 1º quanto o veiculado pelo § 2º do art. 173 da Constituição de 1988 apenas alcançam empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem *atividade econômica em sentido estrito*. Não se aplicam, pois, àquelas que prestam *serviço público*, não assujeitadas às obrigações tributárias às quais se sujeitam as empresas privadas. As empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais que prestem serviço público, podem gozar de privilégios fiscais,

18. Tome-se, aqui, a idéia de República como “forma de governo não pessoal”; v. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., pp. 407 e ss. e Geraldo Ataliba, *República e Constituição*, cit.

19. V. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., p. 175.

ainda que não extensivos a empresas privadas prestadoras de serviço público em regime de concessão ou permissão (art. 175 da CF 88).

A respeito da não aplicação, às sociedades de economia mista e às empresas públicas, do preceito a este correlato, da Emenda Constitucional n. 1/69 — o § 2º do art. 170 — v. meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 105-111; “Lucratividade e função social nas empresas sob controle do Estado”, in *RDM* 55/53-55; “Empresas estatais ou Estado empresário”, in *Curso de Direito Administrativo*, Celso Antônio Bandeira de Mello (coordenador), Ed. RT, São Paulo, 1986, pp. 114-119.

No que tange ao art. 174, no entanto, a expressão *atividade econômica* é utilizada noutro sentido. Alude, o preceito, a *atividade econômica em sentido amplo*. Respeita à globalidade da atuação estatal como agente normativo e regulador. A atuação normativa reclama fiscalização que assegure a efetividade e eficácia do quanto normativamente definido — daí porque, em rigor, nem seria necessária a ênfase que o preceito adota ao expressamente referir a função de fiscalização. A atuação reguladora há de, impõe a Constituição, compreender o exercício das funções de incentivo e planejamento. Mas não apenas isso: atuação reguladora reclama também fiscalização e, no desempenho de sua ação normativa, cumpre também ao Estado considerar que o texto constitucional assinala, como funções que lhe atribui, as de incentivo e planejamento.²⁰ Este, por outro lado, não abrange apenas a *atividade econômica em sentido estrito*, porém toda a *atividade econômica em sentido amplo*. Tanto é assim que o preceito determina ser ele — o planejamento — “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. O art. 174 reporta-se nitidamente, nestas condições, a *atividade econômica em sentido amplo*.

Finalmente, no que concerne ao art. 170, *caput*, nele a expressão *atividade econômica* conota o gênero, e não a espécie. O que afirma o preceito é que toda a *atividade econômica*, inclusive a desenvolvida pelo Estado, no campo dos serviços públicos, deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, *atividade econômica*, repita-se) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, etc. Nenhuma dúvida pode restar, entendo, quanto à cir-

20. Note-se que se trata, aí, de *função* (v. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 107-108, 179-180 e 183).

cunståncia de, aí, a expressão assumir a conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.

Observe-se que no título da ordem econômica e financeira, cujo art. 170 enuncia os seus princípios gerais, está inserido o art. 175, que respeita à prestação dos serviços públicos.

40. Esclarecido esse ponto, devo tecer algumas observações a propósito da distinção entre *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*. Do tema tratei também, anteriormente, de modo específico.²¹

Observando, em outra oportunidade,²² ser um conceito aberto o de serviço público, conceito que cumpre preencher com os dados da realidade, devendo sua significação ser resgatada na realidade social, sustentei ser a distinção entre um (*serviço público*) e outra (*atividade econômica em sentido estrito*) função das vicissitudes das relações entre as forças sociais. Por isso que, em termos de modelo ideal, a distinção nos termos seguintes seria estabelecida.

Pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto — do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico — que se ampliarão ou reduzirão, respectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é — permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal — decorrên-

21. Meus *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 110-113, e *Elementos de Direito Econômico*, cit., pp. 92-97.

22. "Serviço público de distribuição de gás canalizado: competência municipal, exclusividade e âmbito da prestação", in *RDP* 84/89.

cia da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho.

Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: *intervenção* é atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; *exploração de atividade econômica em sentido estrito* e *prestação de serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).²³

O critério acima enunciado há de auxiliar o intérprete no exercício de identificação desta ou daquela parcela da *atividade econômica (em sentido amplo)* como modalidade de *serviço público* ou de *atividade econômica em sentido estrito*. Essa identificação, contudo, não se pode dar no plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídica. Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*, conforme explicitado mais adiante.²⁴ De três outros aspectos, contudo, devo ainda cogitar: o atinente à inconsistência da identificação do que seja *serviço público* mediante a consideração do regime jurídico a que se sujeita a atividade (a), o referente à definição constitucional de certas atividades como *serviço público* (b) e o concernente à situação jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam *serviço público* (c).

É necessário observar, de toda sorte, que — embora o critério enunciado seja útil à identificação pretendida — a ampliação da rede de serviços públicos, com frequência, corresponde a uma exigência do capital. Isso já ocorreu no passado (v. item 10) e ainda se verifica. Assim, é sob essa ressalva que a utilidade do critério considerado deve ser ponderada.

Desde há muito venho apontando a inconveniência do uso genérico das expressões “empresa pública” e “sociedade de economia mista”. Em meu *Elementos de Direito Econômico*, cit., p. 102, averbei: “Nos-

23. Relembro que nos arts. 170, *caput*, e 174 a expressão *atividade econômica* assume conotação de *atividade econômica em sentido amplo*.

24. V. item 48.

so Direito Positivo contempla, no art. 5º, II do Decreto-lei n. 200/67, um conceito de *empresa pública* e, em diversos textos normativos, algumas concepções de *sociedade de economia mista*. Não tratarei, nesta oportunidade, de tais assuntos — mesmo porque a eles já, extensamente, dediquei atenção em outras oportunidades. É certo, todavia, que tais conceitos, porque restritivos, são insuficientes para albergar a totalidade das empresas sujeitas ao controle, direto ou indireto, do setor público — União, Estados e Municípios e suas respectivas entidades da chamada Administração Indireta (na qual, aliás, se incluem as próprias empresas públicas e sociedades de economia mista). Algumas dessas empresas se amoldam, com exatidão, àqueles conceitos. Outras, contudo, não se acomodam em nenhum de tais casulos. Por isso, para referir amplamente o conjunto de todas as empresas sujeitas a controle do setor público, convém-nos a denominação de *empresas estatais*. *Empresa estatal*, assim, é noção ampla, que engloba não apenas as empresas públicas e as sociedades de economia mista, mas também as demais que — embora controladas pelo Estado e por isso estatais — com aquelas não se confundem”. A inconveniência, sobretudo da expressão “sociedade de economia mista”, é absoluta. Da coexistência de inúmeros distintos conceitos cujo termo é a mesma expressão — “sociedade de economia mista” — (v. meu *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 87-94) certamente resultarão repetitivos debates, inócuos na medida em que, à toda evidência, o conceito constitucional é nitidamente mais amplo do que a definição legal de *sociedade de economia mista* consagrada pelo art. 5º, II do Decreto-lei n. 200/67.

A propósito desta questão, transcrevo parte do voto que proferi no RMS 24.249, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 14.9.2004:

“Senhor presidente, o deslinde da controvérsia reclama a consideração de dois aspectos. O primeiro respeita à configuração, ou não configuração, do Hospital Cristo Redentor S/A como sociedade de economia mista, para os efeitos do disposto no inciso XVII do art. 37 da Constituição do Brasil, onde a vedação da acumulação remunerada de cargos públicos. O segundo, desde que se conclua pela acumulação proibida, à configuração de má-fé por parte do servidor.

“2. A Constituição do Brasil estabelece que ‘a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público’ (CF/88, art. 37, XVII, com a redação dada pela EC 19/98).

“3. A União, em razão do disposto no Decreto n. 75.403/75, que declarou de utilidade pública para fins de desapropriação, em regime de urgência, a totalidade do seu capital social, assumiu o controle societário do Hospital Cristo Redentor S/A. Posteriormente, o decreto

n. 75.457/75 reduziu a participação da União no capital social do Hospital Cristo Redentor S/A para 51% (cinquenta e um por cento) do seu total.

“4. O recorrente sustenta que o Hospital Cristo Redentor não pode ser considerado sociedade de economia mista, pertencente à Administração Indireta, em razão da ausência de autorização legislativa para sua criação, mediante lei específica, consoante exigência do disposto no inciso XIX do art. 37 da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional 19/98.

“5. Assevera, ainda, que o mencionado hospital ‘*não é controlado sob qualquer aspecto pela União*, tendo em vista que cabe à sua diretoria contratar, demitir, gerir recursos, fazer investimentos, recolher impostos e realizar contabilidade, pois que atividade privada dedicada ao lucro’ (grifos no original).

“6. Esgrimidos esses argumentos, entende que a entidade em questão não poderia ser considerado sociedade de economia mista, nem sociedade controlada direta ou indiretamente pelo Poder Público.

“7. Não assiste razão ao recorrente.

“É que a expressão ‘sociedade de economia mista’ é termo de conceitos jurídicos distintos. Vale dizer: conceitos distintos são referidos pelo mesmo termo, ‘sociedade de economia mista’.

“A cada conceito corresponde um *termo*. Este – o termo – é o signo lingüístico do conceito, é a *expressão do conceito*.¹ Nada impede que um mesmo vocábulo ou expressão seja tomado como termo de mais de um, distintos entre si, conceitos jurídicos.

“8. Tratando do tema,² observei serem várias as posturas assumidas pela doutrina em torno da caracterização das sociedades de economia mista. Compreenderiam uma espécie do gênero ‘paraestatal’, porque dependem do Estado para sua organização, praticando atos delegados de poder público; o elemento essencial, nelas, seria a participação do Estado na economia interna da empresa – no capital ou na direção – de modo a lhes atribuir caráter paraestatal. Seriam sociedades anônimas nas quais a entidade estatal, em qualquer das modalidades de que se reveste, é acionista ou obrigacionista; o que as caracterizaria – além da coexistência, nela, de capitais públicos e privados – seria a sua submissão a um regime jurídico especial, marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais.

“1. Vejam-se meus *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 61 e ss., e *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pp. 213 e ss. (4ª ed., pp. 221 e ss.).”

“2. *Direito, conceitos e normas jurídicas*, cit., pp. 87 e ss.”

“Esta Corte, no RE 91.035-2-RJ – caso BANRIO Crédito Imobiliário S/A – em 26.6.79, decidiu que: ‘Não é possível confundir sociedade de economia mista com sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através de lei criadora, que caracteriza o ente assim instituído como sociedade de economia mista’. Entendeu-se então que o critério jurídico adequado à caracterização da sociedade de economia mista encontra-se na outorga de direitos especiais à entidade estatal (ou entidades estatais) sua acionista.³

“A outorga de tais direitos especiais, que fazem exceção à legislação comum aplicável às sociedades por ações, dá-se em lei, que implica derrogação da legislação comum.

“A lei que define a outorga de tais direitos, derogando a legislação comum – lei federal, visto que à União compete privativamente, nos termos do art. 22, I, da Constituição do Brasil, legislar sobre Direito Comercial – opera, em tais condições, a *criação* da sociedade de economia mista.

“9. A sociedade de economia mista, pois, é *criada por lei*. Este o elemento primordial a caracterizá-la como sociedade de economia mista: a *criação por lei*.⁴ Cuida-se, aqui, não da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da *criação de um modelo jurídico especial*, excepcional em relação ao modelo ortodoxo de sociedade anônima. No bojo deste modelo excepcional, criação da lei, o Estado atua não como mero Estado-acionista, em igualdade de condições com os acionistas privados da sociedade, mas, parcialmente – no âmbito das prerrogativas que tenham sido atribuídas pela lei que cria o modelo – como Estado-poder, em posição privilegiada em confronto com os acionistas privados. O Estado, destarte, nas sociedades de economia mista, está em situação assimétrica em relação aos seus acionistas privados, ao passo que, nas sociedades estruturadas segundo o modelo ortodoxo de sociedade anônima, de cujo capital participe, ainda que majoritariamente – e que não serão entendidas como de economia mista – está em situação de simetria em relação aos seus acionistas privados.

“3. Refiro-me a ‘acionista’ porque a sociedade de economia mista assume necessariamente a forma de sociedade por ações.”

“4. Neste sentido as posições assumidas por Waldemar Ferreira (*A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo*, edição de 1946, p. 133) e Vicente Ráo (*O Direito e a Vida dos Direitos*, v. 1º, reedição de 1952, Max Limonad, 1960, p. 361) mesmo anteriormente ao Dec.-lei 200/67. Detido levantamento dos nomes e obras dos que as assumem, posteriormente, no artigo de Luiz Gastão Paes de Barros Leães, “O Conceito Jurídico de Sociedade de Economia Mista”, in *RDA* 79/12, nota 37.”

“10. O fato, no entanto, é que no direito positivo brasileiro há mais de um *conceito legal* – isto é, definição ‘estipulativa’⁵ – de sociedade de economia mista. De formas diversas concebem-na, *v.g.*, o Dec.-lei n. 200/67 e a Lei n. 6.404/76.

“11. O art. 5º, III, do Dec.-lei n. 200/67 – com a redação que lhe foi atribuída pelo Dec.-lei n. 900/69 – define-a como ‘a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou a entidade da Administração Indireta’.

“São características suas, no conceito do Dec.-lei n. 200/67, as seguintes: a) coexistência de capitais públicos e privados com maioria dele porém atribuída à União ou a entidade da Administração Indireta; b) personalidade jurídica de direito privado; c) forma de sociedade anônima; d) exploração de atividade econômica; e) criação por lei. No que tange ao requisito da *criação por lei* aplicam-se as observações acima alinhadas.

“12. A Lei n. 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações, não enuncia, expressamente, uma definição do termo ‘sociedade de economia mista’. Não obstante, nela dá-se acolhimento às linhas fundamentais de definição contemplada no art. 5º, III, do Dec.-lei n. 200/67. Essa circunstância tem sido sempre enfatizada pela doutrina: o seu art. 236 determina que ‘a constituição de companhia de economia mista depende de prévia autorização legislativa’.

“Note-se, contudo, que, ao passo que, nos termos do Dec.-lei n. 200/67, a sociedade de economia mista é *criada por lei* – atribuindo-se a esta *criação* o sentido específico acima enunciado – impõe-se apenas, para que ela surja nos termos da Lei n. 6.404/76, simples *autorização legislativa*.

“O art. 236 da Lei n. 6.404/76, no entanto, define que ‘as sociedades anônimas de economia mista estão sujeitas a esta lei, sem prejuízo das disposições especiais de lei federal’. Nesta menção, a *disposições especiais de lei federal* entende-se esteja contemplado o reconhecimento de que a sociedade de economia mista, a que respeita a Lei n. 6.404/76, está sujeita a regime jurídico especial, excepcional em relação ao direito comum.

“De toda sorte, é certo que não há correspondência plena entre a conceituação de sociedade de economia mista adotada pelo Dec.-lei n. 200/67 e a contemplada pela Lei n. 6.404/76. Isso ocorre na medida em

⁵ Veja-se meu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pp. 223-224.”

que a Lei n. 6.404/76 trata como se não fossem sociedades de economia mista sociedades que, nos termos do que define o Dec.-lei n. 200/67, são entendidas como sociedades de economia mista.

“Pois o § 2º do art. 235 da Lei n. 6.404/76 estabelece que ‘as companhias de que participarem, majoritariamente ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta lei, sem as exceções previstas neste capítulo’.

“O capítulo da Lei n. 6.404/76 no qual inserido o art. 235 é o XIX, que trata justamente das sociedades de economia mista. Nele – arts. 235 e 242 da lei – estão definidas as disposições específicas aplicáveis às sociedades de economia mista.

“Assim, na medida em que às companhias de que participarem, majoritariamente (ou minoritariamente), as sociedades de economia mista não se aplicam as disposições específicas – ‘exceções’ – previstas no Capítulo XIX da Lei n. 6.404/76, temos por evidente que essas companhias, para os efeitos da Lei n. 6.404/76, *não são entendidas como sociedades de economia mista*.

“Sê-lo-ão, no entanto, para os efeitos do Dec.-lei n. 200/67.

“Com efeito, o Dec.-lei n. 200/67 concebe a existência de sociedades de economia mista de primeiro e de segundo grau. Do primeiro tipo, aquelas sob *controle da União*; do segundo, aquelas sob *controle de entidade da Administração Indireta*.

“Ora, as sociedades de economia mista são entidades da Administração Indireta, nos termos do que define o art. 4º, II, ‘c’, do próprio Dec.-lei n. 200/67. Desta sorte, para os efeitos do Dec.-lei n. 200/67, *são sociedades de economia mista do segundo grau as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades de economia mista de primeiro grau*.

“Diversamente, para os efeitos da Lei n. 6.404/76, *não são sociedades de economia mista as companhias de que participarem, majoritariamente, as sociedades por elas concebidas como de economia mista – vale dizer, as sociedades de economia mista de primeiro grau*.

“Daí a verificação de que efetivamente não há correspondência plena entre a definição de sociedade de economia mista adotada pelo Dec.-lei n. 200/67 e o conceito (*de sociedade de economia mista*) adotado pela Lei n. 6.404/76. O universo abrangido por este último é menor do que o colhido pela definição contemplada no Dec.-lei n. 200/67.

“Outra verificação que de tudo extraímos é a seguinte: assim como há empresas sob controle do Estado que não se acomodam às definições legais de sociedade de economia mista – e de empresa pública – algumas (as de segundo grau), que para os efeitos do Dec.-lei n. 200/67 são entendidas como sociedades de economia mista, não podem ser

entendidas como sociedades de economia mista para os efeitos da Lei n. 6.404/76.

“13. Não são estas duas, no entanto, as únicas concepções consagradas no direito positivo brasileiro, das quais decorre o discernimento de *conceitos legais* de sociedade de economia mista.

“Porque, até o advento da Lei n. 6.264/75, as sociedades de economia mista mereciam tratamento especial na legislação do imposto de renda – este incidia tão-somente sobre a parcela de lucros atribuível aos seus acionistas privados – a regulamentação do tributo definia serem sociedades como tais todas as anônimas ‘nas quais pelo menos 51% das ações com direito a voto pertenciam à União, aos Estados e aos Municípios’.⁶

“Nesta definição, o elemento econômico (participação majoritária no capital com direito a voto) é que se presta a caracterizar como tais as sociedades de economia mista. Além disso, dela resultava evidente, para os seus efeitos, a admissão da existência de sociedades de economia mista estaduais e municipais. Note-se que estas não podem existir para os efeitos do conceito que toma a criação por lei, enquanto modelo jurídico especial, como nota característica da sociedade de economia mista, dado que somente a União pode legislar sobre direito comercial.

“As sociedades de economia mista passando, contudo, a não mais merecer tratamento tributário específico acima aludido a partir da vigência da Lei n. 6.264/75, a regulamentação do imposto de renda deixou de enunciar definição que as identifique como tais, para os efeitos da legislação do tributo. Não obstante, porque em seu art. 6º dispensou do pagamento de multas, juros moratórios e correção monetária os recolhimentos do tributo em atraso, pelas sociedades de economia mista, a própria Lei n. 6.264/75, no § 4º deste mesmo art. 6º, definiu: ‘Para os fins previstos neste artigo, consideram-se sociedades de economia mista aquelas sob controle governamental’.

“14. Vê-se, destarte, que em nosso direito positivo coexistem distintas conceituações referidas pelo termo ‘sociedade de economia mista’.

“15. Não, porém, apenas essas. Examinando a vigente Constituição do Brasil, verificaremos, por exemplo, que o princípio da vedação da acumulação remunerada de cargos públicos abrange os titulares de empregos e funções em sociedades de economia mista – art. 37, XVII; que deputados e senadores não poderão, desde a expedição do diploma, firmar ou manter contrato (salvo quando este obedecer a cláusulas

“6. Cf. o § 2º do art. 239 do regulamento aprovado pelo Dec. n. 76.186/75.”

uniformes) e não poderão aceitar cargo, função ou emprego remunerado em sociedades de economia mista – art. 54, I, 'a' e 'b' – e também não poderão, desde a posse, ocupar cargo, função ou emprego, nelas, de que sejam demissíveis *ad nutum*, bem assim patrocinar causa em que seja interessada qualquer delas – art. 54, II, 'c'.

“Ora, diante de tais preceitos parece evidente devermos conceber em termos amplos – e não naqueles, restritos, das definições adotadas pelo Dec.-lei n. 200/67 e, mais ainda, da Lei n. 6.404/76 – as sociedades de economia mista. Assim não fosse, as finalidades dos preceitos constitucionais resultariam fatalmente frustradas.

“Logo, o conceito de sociedade de economia mista a considerar, para os efeitos de aplicação, *v.g.*, dos arts. 37, XVI e XVII, e 54, I e II, da Constituição do Brasil, há de ser análogo ao que enuncia o § 4º do art. 6º da Lei n. 6.264/75: serão, para tais efeitos, sociedades de economia mista, aquelas – anônimas ou não – sob controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios.

“16. Resta destarte evidenciada a coexistência, no direito positivo brasileiro, de mais de um *conceito legal* de sociedade de economia mista.

“Nada de estranho ou inusitado há nessa coexistência. Os conceitos jurídicos não são idéias, reflexões sobre a essência das coisas, mas ferramentas que forjamos para descrever a realidade,⁷ tendo em vista a realização de determinadas finalidades.

“Não será jamais demasiado relembrar que a finalidade é o criador de todo o direito e que não existe norma ou instituto jurídico que não deva sua origem a uma finalidade.⁸ Os conceitos jurídicos têm razão de ser na medida em que permitem e viabilizam a aplicação de normas jurídicas. Os definidos no âmbito de um determinado ordenamento instrumentam precisamente a aplicação das normas deste ordenamento.

“Por isso não é censurável a adoção, por distintos ordenamentos, sob a mesma designação (*sociedade de economia mista*), de conceitos diversos entre si, mesmo porque *nomina non sunt consequentia rerum*. Uns e outros não podem ter a sua correção questionada senão no interior da instância de enunciação em que formulados. São corretos, *nos seus sentidos referenciais*, para os efeitos dos ordenamentos em que definidos.

“Para os efeitos do disposto no art. 37, XVII, da Constituição, são sociedades de economia mista aquelas – anônimas ou não – sob con-

⁷ Cf. Alf Ross, *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*, trad. de Genaro Carrió e Osvaldo Paschero, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, pp. 85-86.”

⁸ Cf. Rudolph von Ihering, *Der Zweck im Recht*, cit., p. VIII.”