

Atividade econômica e serviços públicos na Lei 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau

Gustavo Madureira Fonseca

*Advogado da Agência de Fomento do Estado
do Rio de Janeiro*

*Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento
pela Universidade Cândido Mendes*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro*

Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos

*Advogada da Agência de Fomento do Estado
do Rio de Janeiro*

*Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro*

RESUMO

O presente trabalho pretende desenvolver um estudo essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre os aspectos gerais da Lei 13.303/16, utilizando como referencial teórico a doutrina de Eros Roberto Grau. Inicialmente, abordam-se noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas que seguem: atividade econômica, serviço público e consequentes implicações no regime jurídico. Por fim, faz-se um balanço das alterações produzidas pela Lei 13.303/16.

Palavras-chave: Lei 13.303/16. Lei de Responsabilidade das Estatais. Eros Grau. Ordem econômica.

ABSTRACT

This study aims to develop an essentially theoretical study, but with strong burden of applicability about the general aspects of Law 13.303/16, using as a theoretical reference of Eros Roberto Grau's doctrine. Initially, it approaches preliminary notions about economic order and your conformers aspects, to provide minimal substrate to understanding of the following topics: economic activity, public service and the consequent implications for the legal regime. Finally, it does a balance of the changes produced by Law 13.303/16.

Keywords: Law 13.303/16. The state-owned company's law. Eros Grau. Economic Order.

Introdução

Passados quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 173, § 1º da vigente Constituição e determinou a edição de lei que estabelecesse 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, foi publicada, em 1º de julho de 2016, a Lei nº 13.303/16.

Em quase uma centena de artigos, a novel legislação se propõe a regular de forma ampla as relações jurídicas dessas sociedades, tanto em seu âmbito interno como em suas interações com o Estado, a sociedade, os clientes e os fornecedores. Tratou, ainda, de aspectos conceituais, dispondo, por exemplo, sobre as definições de empresa pública e sociedade de economia mista que, naturalmente, suplantam e atualizam as concebidas pelo longínquo Decreto-Lei nº 200/67.

Entretanto, apesar de trazer em seu bojo explicitações de conceitos, a Lei nº 13.303/16 foi aquém do necessário, deixando de abordar definições fundamentais à aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas. À guisa de exemplo, destaca-se que não se definiu “relevante interesse coletivo” e imperativo de segurança nacional”, adiando-se, mais uma vez, o cumprimento do comando inserto no art. 170 do texto constitucional. Passou-se ao largo, ainda, da conceituação de “atividade econômica” e “serviço público”, o que, há décadas, é reclamado pela doutrina.¹

Em face da manutenção do cenário de ausência de conceitos legais, permanecerá com os estudiosos da matéria a missão de orientar o intérprete na aplicação do Direito. Nesse ensejo,

¹ Essa reivindicação já constava em Grau (1981, p. 97, grifos do autor): “há casos, evidentemente, em que resulta suficientemente nítida a caracterização de uma atividade como de *iniciativa econômica*; ou, em contrapartida, como de *serviço público*. Face a hipóteses outras, todavia, tal demarcação será tormentosa e frágil, o que está a exigir a explicitação, através de lei ordinária, de critérios que efetivamente viabilizem a fluente operacionalização do preceito constitucional. A juridicização do critério em pauta – ou de outro que porventura mais fidedignamente instrua a distinção perseguida – assim, há de se fazer completa apenas no momento em que tal explicitação seja incorporada à legislação infraconstitucional, atenção conferida, todavia, ao fato de que circunstâncias histórico-políticas podem, de um momento para o outro, conjunturalmente, exigir a sua pronta e imediata compatibilização ao dinamismo da realidade social”.

busca-se na obra de Eros Grau os fundamentos para aplicação do Direito às estatais, principalmente no que toca ao conceito de atividade econômica, à noção de serviço público e às implicações jurídicas do exercício de atividade econômica e da prestação de serviço público pela estatal. A escolha do autor dispensa maiores justificativas, considerando-se sua atuação profissional e acadêmica.² Quem quer que se proponha a tratar de fundamentos da ordem econômica no Brasil não pode prescindir da valiosa teorização do autor, disposta em sua vasta obra.³

Ao se tratar de conceitos, não se pode perder de vista que os conceitos jurídicos possuem um propósito bem definido, qual seja, ensinar a aplicação de normas jurídicas, não sendo usados para estabelecer essências, mas somente para permitir e viabilizar a aplicação do Direito (GRAU, 2012, p. 84). Conceitos que não ensinam a aplicação de normas jurídicas não são conceitos jurídicos, são conceitos auxiliares à dogmática do Direito, mas não conceitos do Direito.

Impende destacar que não se pode interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços, mas como um todo. Da mesma maneira, não se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito aplicável (GRAU, 2002). A interpretação de qualquer texto normativo impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo

² É Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, tendo exercido a Livre Docência e magistério como Professor Titular na mesma instituição. Lecionou na graduação e pós-graduação em diversas instituições no Brasil e no exterior. Exerceu advocacia até ser nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Desempenhou a função de árbitro junto à CCI – Cour Internationale d'Arbitrage e em tribunais *ad hoc*, nacionais e internacionais. É autor de inúmeros artigos e pareceres publicados em revistas, expositor em diversos congressos e conferências. Escreveu mais de dez livros jurídicos publicados no Brasil e mais de cinco no exterior. Exerceu cargos de relevância em renomadas instituições de ensino, com destaque para Universidade de São Paulo, Comitê de Direito e Conselho Técnico-Científico da CAPES e CNPq na área de Direito. Recebeu os títulos de *Docteur Honoris Causa* por três universidades no exterior e por duas no Brasil.

³ Utilizar-se-á como fonte bibliográfica principal a obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, uma vez que ao longo desta o autor compendia entendimentos dispostos em obras anteriores, inclusive aquelas escritas em períodos precedentes à atual Constituição. É o que ocorre, em muitos casos, com as obras *Planejamento econômico e regra jurídica* e *Elementos de Direito Econômico*, que, apesar de constarem nas referências bibliográficas, não serão literalmente citadas. Excluiu-se da bibliografia, por falta de aderência, as obras *Licitação e contrato administrativo* e *Sobre a prestação jurisdicional – Direito Penal*, ambas editadas pela Malheiros Editores, São Paulo, em 1995 e 2010, respectivamente.

percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição (GRAU, 2012, p. 161). Não poderia ser diferente com a Lei nº 13.303/16. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico que compõe, não expressa significado normativo algum.

Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada: a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação (GRAU, 2002, p. 88). Assim sendo, considerando que a interpretação dos textos normativos envolve discricionariedade e contextualização, o presente artigo se propõe a analisar a doutrina de Eros Grau sobre a ordem econômica na CF, a evolução dos conceitos a ela correlatos, a fim de fornecer o substrato mínimo ao intérprete da Lei nº 13.303/16.

1 Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares

De acordo com Eros Grau, o estudo da ordem econômica pelo jurista deve ser empreendido por perspectiva não exclusivamente dogmática, mas também funcional e crítica (GRAU, 2012, p. 1). A presença de normas reguladoras da ordem econômica em nossas Constituições reflete superação do papel do Direito exclusivamente como instrumento de harmonização de conflitos e de legitimação do poder, passando este a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2012, p. 15).

Evidenciadas as imperfeições do liberalismo na passagem do século XIX para o século XX pelo surgimento dos monopólios privados, pelo advento de crises econômicas cíclicas e pelo exacerbamento das disputas entre trabalhadores e detentores dos meios de produção, aliados ao fracasso do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade⁴, em face da realidade do poderio econômico (GRAU, 2012, p. 21), o Estado passou a assumir papel ativo na economia (GRAU, 2012, p. 25). Argumenta-se que, ao deixar-se a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. E, por mais paradoxal que pareça – dizia Karl Polanyi –, não

⁴ A idealização do *standard* francês de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapõe a realidade do poder econômico. Se há liberdade plena, corre-se risco de abuso do poder econômico, monopolização ou cartelização. Também não é possível haver igualdade, muito menos fraternidade na economia liberal. Por conta disso, o Estado, que já interferia levemente na economia (monopólio na emissão de moeda, poder de polícia, leis e tributos), se viu obrigado a assumir um papel de regulador (GRAU, 2012, 21 et seq.).

eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista (GRAU, 2012, p. 29).

Considerando-se que a Constituição se dedica à regulação da ordem econômica, é nela própria que se encontram os limites para essa atuação estatal. A ordem econômica projetada pelo texto constitucional reclama amplo fornecimento de serviços públicos à sociedade, exigindo também, por outro lado, que sejam providas a garantia do desenvolvimento nacional, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, o pleno emprego, entre outros fins (GRAU, 2012, p. 285).

Não se pode perder de vista que a Constituição Brasileira de 1988, no que tange à ordem econômica, em especial no que dispõem os artigos 1º, 3º, 7º a 9º, 201, 202, 218 e 219, faz com que ela seja qualificada, ao menos em relação à ordem econômica, objeto da presente análise, como uma Constituição dirigente (GRAU, 2012, p. 207). Nesse sentido, mais do que garantia do existente, a Constituição dirigente impõe um programa para o futuro, apontando uma direção imperativa a servir de norte para a atuação estatal. Isso se justifica pelo fato de ela não se limitar ao ordenamento político, como mero instrumento de governo que estabelece garantias e define competências e procedimentos, mas também por definir tarefas e programas a serem concretizados pelos poderes públicos, constituindo também, dessa forma, um ordenamento econômico e social. Compreender essa nuance é indispensável ao correto direcionamento das atividades das sociedades sujeitas à Lei 13.303/16.

Decorre, portanto, que qualquer iniciativa, para ter legitimidade do ponto de vista constitucional, deve estar alinhada a esses objetivos, de modo a concretizá-los. Destarte, vigora entre nós um sistema no qual há um programa de Estado que vincula todo programa de governo e todo governante, restringindo a atuação estatal, executiva ou legislativa, às orientações previamente determinadas pela Carta Magna. Portanto, a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, imperativamente, deve estar voltada à concretização dos preceitos da ordem constitucional econômica.

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser igno-

rado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa. Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo, poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser, ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição (GRAU, 2012, p. 46).

Essa concepção não passou despercebida na Lei 13.303/16, tendo em vista que restou expressa a necessidade de se indicar de forma clara o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional perseguido pela estatal (art. 2, § 1º), consignando que o atendimento a esses fins é indispensável ao cumprimento de sua função social (art. 27, *caput*). Mais que isso, exigiu que a alta administração elabore carta anual com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela sociedade, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para sua criação, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos (art. 8º, I).

2 Conceito de atividade econômica

A necessidade de balizar os contornos de conceito de atividade econômica no texto constitucional é inquestionável. Primeiro, para que se compreendam os limites nos quais serão permitidas sua exploração direta (art. 173) e a atuação normativa e reguladora pelo Estado (art. 174).⁵ Segundo, porque a expressão *ordem econômica*, no contexto do art. 170, equivale à expressão *atividade econômica*, e, por consequência, impõe que o exercício desta seja balizado pelos preceitos que regulam aquela (GRAU, 2012, p. 99). Por fim, mas não menos importante, porque a configuração de exploração de atividade econômica e a

⁵ O assunto não será abordado, visto que não integra o objeto do estudo. Para detalhamento do tema, recomenda-se a leitura de Grau (2012, p. 144 et seq.).

prestação de serviço público sujeitam-se a regimes jurídicos distintos, previstos, respectivamente, nos artigos 173 e 175 da Constituição (GRAU, 2012, p. 107).

Antes de adentrar especificamente no tema, é preciso desfazer a impressão de que a imposição de lei autorizativa (art. 37, XIX e XX, CRFB e arts. 3º e 4º da Lei 13.303/16) objetivaria desestimular intervenções dessa natureza na seara econômica (GRAU, 2012, p. 277). Essa vertente de argumentação seria reforçada pelo fato de a Constituição sujeitar a criação de sociedades estatais prestadoras de serviços públicos apenas à autorização legislativa (art. 37, XIX), ao passo que a exploração de atividade econômica em sentido estrito sujeitar-se-ia não apenas a esta, mas também à configuração de uma das hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição (relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional), denotando-se certa oposição constitucional à proliferação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito⁶ (GRAU, 2012, p. 281).

Entretanto, Grau (2012, p. 284) contrapõe essa linha de raciocínio, destacando:

O preceito do art. 173 é, como estamos a ver, menos incisivo do que aqueles que a ele correspondiam nas Constituições anteriores. Desapareceu a distinção entre intervenção por absorção e intervenção por participação; a lei federal não é mais tomada, expressamente, como requisito do monopólio; pode o Estado, no exercício da competência legislativa que lhe é atribuída pelo art. 24, I, definir relevante interesse coletivo, para os fins do art. 173; o conteúdo desta última noção é conformado pelos princípios que afetam a ordem econômica. Tudo isso, naturalmente, importa em que se relembre – e não me cansarei de fazê-lo – que não se interpreta a Constituição em tiras.

Uma vez demonstrado que a Constituição não é avessa à intervenção estatal no domínio econômico, passa-se à análise da matéria. Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão

⁶ Fala-se em atividade econômica em sentido estrito, uma vez que Eros Roberto Grau sustenta que a atividade econômica em sentido amplo engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Essas noções serão mais bem explicitadas ao longo do texto. A classificação de serviço público como atividade econômica justifica-se, pois o serviço público, uma vez que voltado à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos, como se verá, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente, ao setor público (GRAU, 2012, p. 109).

atividade econômica conota sua noção interventiva mais vigorosa, seu sentido estrito. Se assim o é, o art. 2º da Lei 13.303/16, lei que regulamenta o art. 173 da Constituição e seu § 1º, também o será. Esses dispositivos enunciam as hipóteses nas quais é permitida ao Estado – isto é, à União, aos Estados-membros e aos Municípios – a exploração direta de atividade econômica como agente econômico, em área da titularidade do setor privado (GRAU, 2012, p. 101), empreendendo em matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa (GRAU, 2012, p. 106).⁷

Destarte, quando o Estado se insere no mercado travestido de particular, abraça atribuições que não lhe são próprias e despe-se de suas prerrogativas. Do contrário, concorreria de forma predatória com o particular, ferindo valores da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, como a livre-iniciativa.⁸ Nesse ponto, é válido destacar o cuidado da Lei 13.303/16 no trato da matéria, dando concretude ao preceito constitucional:

⁷ Ainda tratando da noção de atividades econômicas em sentido estrito, Eros Grau assevera: “embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. Isto poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição – isto é, se a exploração direta for necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo – quanto nos casos nos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição. Por isso mesmo é que o aludido art. 173 dispõe: ‘Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta...’ [...] Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado” (GRAU, 2012, p. 123 et seq.).

⁸ Convém asseverar que Eros Grau, em sintonia com o art. 170, *caput*, destaca o valor social que se impõe atribuir à livre-iniciativa, nos seguintes termos: “no que tange ao primeiro dos princípios que ora temos sob consideração, cumpre prontamente verificarmos como e em que termos se dá a sua enunciação no texto. E isso porque, ao que tudo indica, as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado ‘os valores sociais do trabalho’, de outro a ‘livre iniciativa’, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (GRAU, 2012, p. 198).

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

[...]

§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

Por outro lado, não se pode deixar de comentar sobre a mais severa derrogação da livre-iniciativa: o regime de monopólio estatal. Contudo, antes de sequer tecer qualquer linha sobre conceito ou razões que justificam o monopólio, vale especificar o tecido no qual este está inserto. Somente haverá monopólio no exercício de atividade econômica em sentido estrito.⁹ Esse ponto é firmemente vincado na Lei 13.303/16, que, nas três ocasiões em que se refere a monopólio (art. 1º, *caput* e § 2º, e título II), o faz da seguinte forma: "*atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio*". Essa constatação é relevante para, desde logo, concentrar a análise no regime jurídico aplicável – regime jurídico da intervenção estatal na atividade econômica em sentido estrito –, evitando-se desvios no desenvolvimento do tema.

Inicialmente, pode-se suscitar que o monopólio estatal – situação na qual o ordenamento jurídico garante ao Estado a exclusividade no exercício de determinada atividade econômica –

⁹ Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* é referenciada por Grau (2012, p. 135) como uma situação de *privilégio*. Note-se que, ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, "c" da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, "e"; 30, V e 25, § 1º, da Constituição), o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais o *serviço público* é prestado por diversos concessionários ou permissionários titulares de certo privilégio e o regime de competição que caracteriza o exercício da *atividade econômica em sentido estrito* em clima de livre concorrência.

conflita com o parágrafo único do art. 170 da Constituição, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade, ou, ainda, com a diretriz contida no art. 173, § 3º, CRFB, que aduz: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Todavia, em que pese a ordem econômica fundada na Constituição condenar, como regra, o monopólio e o abuso do poder econômico, também institui exceção em favor do monopólio estatal, a ser exercido nos casos previstos no artigo 177. Nessas hipóteses, é admitida a intervenção direta no domínio econômico, como agente, independentemente da configuração de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (art. 173). Nas atividades constitucionalmente sujeitas ao regime de monopólio, a Constituição não apenas permitiu que o Estado as exercesse com exclusividade mas também ordenou que assim fizesse, não estando a atuação estatal condicionada a um dos elementos do *caput* do art. 173 (relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional).

Como apontado anteriormente, justifica-se a existência das empresas públicas e sociedades de economia mista para intervir no domínio econômico com o objetivo de concretizar o projeto de ordem econômica inserta em uma Constituição de caráter dirigente, isto é, que impõe um programa para o futuro, apontando uma direção impositiva a guiar a atuação estatal. No caso em análise, essa direção impositiva aponta para as necessidades de imperativo de segurança nacional e de relevante interesse coletivo.

Segurança nacional é, no contexto da Constituição de 1988, conceito inteiramente distinto daquele consignado na Emenda Constitucional nº 1/69, que cuidava de promover a segurança do Estado contra a sociedade. Cuida-se, agora, de segurança atinente à defesa nacional, que não há de conduzir, impositivamente, à exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado (GRAU, 2012, p. 280). Note-se, que, nesse contexto constitucional, não se poderá admitir a criação de estatais estaduais ou municipais sob esse fundamento, vedação esta que poderia ter sido consignada na Lei 13.303/16.

O desenvolvimento da atividade dar-se-á, em regra, sob o regime de monopólio (GRAU, 2012, p. 283), uma vez que é o interesse envolvido que determina o regime da intervenção. Nesse sentido, ainda que não se possa afirmar categoricamente, é razoável supor, conforme raciocínio desenvolvido por Grau (2012,

p. 123 *et seq.*), que as atividades expressamente sujeitas a regime de monopólio (arts. 21, XXIII, e 177, CRFB) estão intimamente afetadas aos imperativos de segurança nacional.

Tratando da noção de relevante interesse coletivo no texto da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 170, § 1º), Eros Grau consignou que haverá relevante interesse coletivo em determinada atividade econômica quando os particulares não forem capazes de suprir adequadamente as necessidades de um mercado relevante, atribuindo-se caráter suplementar da iniciativa privada. Essa leitura, entretanto, é insuficiente nos dias atuais. Ainda que a incapacidade ou falta de interesse do setor privado no suprimento da oferta de determinados bens ou serviços seja, *a priori*, um indicativo de relevante interesse coletivo, isso não basta. No atual contexto constitucional, notadamente principiológico, haverá relevante interesse coletivo em determinada atividade quando esta atender aos princípios que regem a ordem econômica (GRAU, 2012, p. 282).

Apesar de a Lei 13.303/16, como exposto anteriormente, ter se furtado da tarefa de conceituar relevante interesse coletivo, conforme expressamente consignado no art. 170 da Constituição, não se pode negar que houve um direcionamento mínimo nesse aspecto. Tanto é que o art. 27, § 1º, afirma que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista. Em seus incisos, comando normativo acrescenta que também deverá ser considerada na realização do interesse coletivo a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, bem como o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de seus produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada.

Vale discernir, ainda, que interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismo, interesses corporativos (GRAU, 2012, p. 125). Portanto, tais interesses – interesses coletivos – podem se mostrar necessários tanto em âmbito nacional, regional ou local, tornando lícita a criação de estatais sob esse pretexto em qualquer dos entes federativos.

Deve-se salientar, por fim, que o Direito é prescritivo e, portanto, apenas descreve situações ou fatos para a eles atribuir consequências jurídicas. Nesse sentido, a correta leitura do texto normativo do art. 170 – relembrando-se que no contexto do art.

170 a expressão “ordem econômica” é conversível em “atividade econômica” – deve se pautar nos seguintes parâmetros:

O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, *institucionalmente inconstitucional* (GRAU, 2012, p. 193, grifos do autor).

Ainda segundo Grau, a partir da compreensão desse aspecto, poderão ser construídos não somente novos padrões de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade, tendo em vista que a amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas mas também condutas. Em razão disso, defende-se que são constitucionalmente inadmissíveis tanto normas quanto condutas adversas à intervenção estatal no domínio econômico que estejam fora das balizas delineadas para o exercício da atividade econômica voltadas à concretização de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Nesse aspecto, a Lei 13.303/16 mostra-se duplamente aderente ao preceito constitucional. Primeiro porque, em abstrato, se coaduna com os preceitos elencados, como já afirmado no último parágrafo do tópico 1 (“Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares”). Segundo porque conferiu traços mais nítidos à postura constitucionalmente exigida ao exercício da atividade econômica em sentido estrito, tornando-a mais concreta e de mais fácil absorção pelo intérprete.

3 Noção de serviço público

Inicialmente, é importante salientar que a Lei 13.303/16, ao contrário do que fez com o conceito de relevante interesse coletivo, não traçou sequer parâmetros mínimos que possam auxiliar na definição de serviço público, tornando-se, ainda mais necessário, o apoio da doutrina para sua correta operacionalização.

Serviço público é um conceito aberto, cuja significação deve ser preenchida e resgatada da realidade social. Em termos abstratos, a distinção entre serviço público e atividade econômica resultaria das transformações das forças sociais, mais precisamente da interação entre o trabalho e o capital, ou seja, da proporção que cada uma das espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo conseguiu angariar para si em certo momento histórico – lembre-se que a atividade econômica em sentido amplo é composta pela atividade econômica em sentido estrito e pelos serviços públicos (GRAU, 2012, p. 106).¹⁰

O critério enunciado no parágrafo anterior, a despeito 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, é insuficiente, na medida em que essa identificação não pode operar-se no plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídico-social. Contudo, a dificuldade para a determinação de critérios objetivos e seguros é de tal ordem que nem mesmo o texto constitucional é capaz, por si só, de superá-la. Explica-se.

Não há dúvida de que a exploração de serviços e instalações nucleares é vedada ao particular, uma vez que constitui monopólio da União (art. 177, V, CFRB). De igual maneira, não há dúvida de que se trata de atividade econômica em sentido estrito, assim como as demais descritas no mesmo disposto. Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada atividade ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público (GRAU, 2012, p. 124).¹¹ Recusa-se, portanto, a concep-

¹⁰ Detalhando esse conflito, Grau (2012, p. 106, grifos do autor) explicita: “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 [que] 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”. Por outro lado, como observado anteriormente, a ampliação da rede de serviços públicos, com frequência, corresponde a uma exigência do capital. Isso já ocorreu no passado e ainda se verifica. Assim, é sob essa ressalva que a utilidade do critério considerado deve ser ponderada.

ção meramente formal de serviço público, reputando-se equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de direito público*. Nessa afirmativa, além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia: determinada atividade fica sujeita a regime próprio de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque sujeita a regime de serviço público (GRAU, 2012, p. 114).

Diante desse contexto, Grau propõe que o melhor critério para identificar serviço público parte do pressuposto de que este não é um conceito, mas uma noção. Sobre essa distinção, enuncia:

Do ponto de vista epistemológico, isso resulta em tomar partido pelo conceito contra a noção. O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas [...] A partir daí parece-me, hoje, que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (GRAU, 2012, p. 130).

Note-se bem que essa função de conformação da própria noção de serviço público é cumprida pela Constituição como um todo, devendo, portanto, seu intérprete não se deter exclusivamente na análise das diretrizes, programas e fins que ela enuncia; mas, ao contrário, interpretá-la no seu todo. Ao se aproximar da noção – como explicitada anteriormente –, se concluirá que:

¹¹ Corroborando este posicionamento, o Supremo Tribunal Federal (RE 220.999-7-PE, julgado em 25.4.2000) entendeu, no caso concreto, a atividade não se caracterizava como serviço público, ainda que constituísse transporte aquaviário (art. 21, XII, “d”, CRFB).

A noção de serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida na constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima) (GRAU, 2012, p. 132).

A partir do exposto, percebe-se que a adoção do serviço público como noção – e não como conceito – permite que, conforme o momento histórico e a dinâmica social, atividades sejam tanto retiradas quanto inseridas do âmbito dos serviços públicos. Nessa sistemática, o rol de serviços públicos é capaz de acompanhar a evolução social, permitindo-se que atividades econômicas em sentido estrito se convertam em serviços públicos e vice-versa. Um ícone dessa transformação são os serviços de acesso à internet que, há poucos anos, eram ativos valiosos fornecidos restritamente a companhias que se utilizavam de tecnologia de ponta (atividade econômica em sentido estrito) e hoje acompanham quase todos de forma indispensável, tal qual qualquer serviço público.

4 Distinção entre o regime jurídico das estatais que prestam serviço público e o das que exercem atividade econômica

As consequências da qualificação desta ou daquela atividade empreendida pela empresa pública ou sociedade de economia mista como *serviço público* ou *atividade econômica em sentido estrito* são marcantes. Exemplificando essas distinções, no que tange à liberdade de contratar, Grau (2012, p. 136) assevera:

Poderemos nos encontrar diante de três hipóteses: (a) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista presta serviço público e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, mercê da incidência, sobre sua atividade, do princípio da continuidade do serviço público (limitação imanente ao instituto contratual); (b) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de competição e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, porque a contratação é definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese); (c) ou a em-

presa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, tanto porque a recusa, se o caso, importaria prática de concorrência desleal (limitação imanente ao instituto contratual), quanto porque a contratação é definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese).

Como se observa, há distintos níveis de incidência dos princípios jurídicos sobre cada espécie, o que leva o autor a propor a estruturação de modelos de regimes jurídicos em níveis, na seguinte forma:

Permanecendo a cogitar das empresas estatais, direi que há marcante distinção entre os seus momentos *estrutural* e *funcional*. Daí por que são objetos distintos os regimes jurídicos *estrutural* e *funcional* das empresas estatais. Quando penso no *regime funcional* das empresas estatais – de uma determinada empresa estatal, sendo mais preciso – estou a dela cogitar em seu dinamismo, isto é, no desenvolvimento das suas atividades. Ora, estas atividades podem ser visualizadas desde a perspectiva dos particulares – relações da empresa estatal com os particulares – ou desde a perspectiva do próprio Estado – relações da empresa estatal com o Estado. Quando penso no *regime estrutural* da empresa estatal, estou a dela cogitar em termos estáticos, isto é, em seu formato institucional. Posso – e devo, imperiosamente – então, verificar que há um *regime jurídico estrutural* (mais de um, em verdade: note-se a distinção entre empresas públicas, sociedades de economia mista e empresa estatal – v. meu Elementos de Direito Econômico, cit., p. 102) e, pelo menos, dois sub-regimes jurídicos funcionais aplicáveis às empresas estatais. Os últimos entendidos como funcional interno – relações de empresa com o Estado – e funcional externo – relações da empresa com o setor privado. No nível do regime jurídico estrutural debateremos, por exemplo, a caracterização da empresa como sociedade de economia mista ou não; no nível do regime jurídico funcional interno debateremos, por exemplo, o tipo e a extensão dos controles estatais a que está sujeita a empresa; no nível do regime jurídico funcional externo debateremos, por exemplo, se o contrato celebrado entre a empresa e particulares é do tipo denominado administrativo ou privado (GRAU, 2012, p. 117).

Em termos sintéticos, propõe o autor que no nível estrutural seja previsto o modo de organização que o Estado elegeu para a empresa estatal, ou seja, a organização empresarial conforme o modelo privado, tipo societário, composição de seu capital social, entre outros. No nível funcional interno – relação da empresa estatal com o Estado – o regime jurídico deve recair sobre exercício do poder de controle da sociedade. Por último, no nível funcional externo, aborda-se o relacionamento da empresa estatal com clientes e fornecedores.

Não há nenhuma interpenetração necessária entre tais regimes, sendo lícito acolher o regime de direito público ou de direito privado em cada um deles, sem que, contudo, outro nível receba influência dessa acolhida. E não se pode, por isso mesmo, replicar a incidência de um princípio que se refira ao regime estrutural no nível funcional. Assim exemplifica o Grau (2012, p. 118):

Assim, seguindo na exemplificação, verifico que, em nome do princípio da supremacia do interesse público, o Estado atua, no interior da sociedade de economia mista (como tal definida para os efeitos do Decreto-lei n. 200/67; v. meu Direito, Conceitos e Normas jurídicas, cit., pp. 87 e ss.) – momento estrutural: regime jurídico estrutural – sob privilégio, em posição assimétrica em relação aos acionistas privados; não obstante, desde que o objeto de atuação da sociedade de economia mista seja a exploração de atividade econômica em sentido estrito, não estará o seu regime jurídico funcional externo informado pelo princípio da supremacia do interesse público, como o impõe, aliás, o § 1º do art. 173 do vigente texto constitucional. De outra parte, se cuidarmos de mera empresa estatal, na qual não atue em situação de privilégio o Estado quanto aos acionistas privados, mas sim em posição simétrica em relação a eles, não contribuirá, neste caso, o princípio da supremacia do interesse público, à conformação do regime jurídico estrutural da empresa; não obstante, neste caso, se o objeto de sua atuação consubstancia a prestação de serviço público, estará o regime jurídico funcional externo informado justamente pelo princípio da supremacia do interesse público.

O discernimento dos distintos regimes jurídicos, que em distintos níveis têm aplicação sobre as empresas estatais, extermina grande parte das dificuldades no enfrentamento da tarefa de construção de seus modelos, mas também no que tange à compreensão da circunstância de entidades de direito privado serem entes governamentais e atuarem ora no âmbito dos serviços

públicos, ora no campo da atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 2012, p. 118).

Em face do exposto, pode-se afirmar que, no geral, as estatais exploradoras de atividade econômica submetem-se a regime de direito privado, com breves derrogações de direito público, ao passo que as prestadoras de serviços públicos submetem-se a regime preponderantemente público, com breves derrogações de direito privado.

Mais especificamente, nas estatais exploradoras de atividade econômica prevalece o regime privado em seu aspecto estrutural e funcional externo, sofrendo influxos publicistas apenas no que toca ao aspecto funcional interno, como, por exemplo, na necessidade de realização de concursos públicos para seleção de pessoal e de licitação para contratação de serviços e aquisição de bens. Por outro lado, nas estatais que prestam serviço público, o regime público é preponderante nos aspectos funcionais (interno e externo), e o privado, no aspecto estrutural.

A distinção mencionada no parágrafo anterior está perfeitamente alinhada ao teor do art. 8, § 2º, da Lei 13.303/16, uma vez que restringe a assunção de obrigações em regime diverso do setor privado – aspecto funcional externo – apenas nos casos de sociedade de economia mista ou empresa pública voltadas à exploração de atividade econômica. Para as que prestam serviço público, em face do silêncio eloquente do legislador, o regime funcional externo permanece sendo regido por direito público.

Conclusão

A partir da base argumentativa colacionada, é possível afirmar que a Constituição brasileira de 1988 institui um programa de Estado que vincula os programas de governo, restringindo-lhes a atuação aos rumos previamente determinados na Constituição, sob pena da atuação dos mecanismos jurídicos de correção. Esse programa constitucional, cujos pilares foram elencados e discutidos ao longo do texto, deve pautar todas as iniciativas estatais, normativas e executivas.

Em termos gerais, pode-se afirmar que a Lei 13.303/16 concretiza o imperativo constitucional, na medida em que se amolda aos preceitos aduzidos e confere maior concretude aos balizadores de atuação do Estado no campo econômico. A novel legislação também se mostrou condizente ao referencial teórico adotado – obra de Eros Roberto Grau.

Merece destaque a elevação da exigência de detalhamento nas leis autorizativas de criação de empresas públicas e socieda-

des de economia mista, tornando legal o que a doutrina recomendava. Esse aprimoramento pode ser percebido, por exemplo, na positivação das necessárias derrogações do regime societário ordinário em alguns casos, na explicitação clara dos casos em que é lícita a assunção de obrigações em regime diverso do particular e no direcionamento ao cumprimento da função social, mediante instrumentos de controle.

Por outro lado, conclui-se que a Lei 13.303/16 poderia ter avançado mais em aspectos igualmente relevantes para as estatais, sobretudo em aspectos conceituais. Deixou de conceituar termos com ampla relevância para aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas, como imperativo de segurança nacional, relevante interesse coletivo, atividade econômica e serviço público. Como alento, ao menos forneceu indicativos mínimos sobre relevante interesse coletivo e exigiu que os conceitos constassem nas leis autorizativas, o que nos permite supor que haverá maiores substratos interpretativos nos próximos anos.

Referências

- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. Sociedade controlada pelo Estado (Parecer). **Revista dos Tribunais**, v. 529, ano 68, p. 39-40, nov. 1979.