



Bernardo Gonçalves Fernandes



CURSO DE
**DIREITO
CONSTITUCIONAL**

18^a
edição

.....
revista,
atualizada
e ampliada

2026



EDITORA
*Jus*PODIVM

www.editorajuspodivm.com.br



Da Ordem Econômica e da Ordem Social

1. O CONCEITO DE “ORDEM”

A escolha da terminologia “ordem” por parte do Constituinte de 1988 visa designar uma estrutura organizada, uma seleção de elementos integrantes de um conjunto que se destina a uma finalidade específica.¹ Por isso, se por um lado é possível vislumbrar num primeiro momento uma preocupação com a compatibilidade dos elementos formadores (de caráter estático), em outro, posteriormente, destaca-se um caráter dinâmico, voltado para a persecução dos objetivos (metas) fixados. Por essa razão, mais que coerência, a noção de ordem trazida pela Constituição se mostra como um projeto – um lançar-se ao futuro – na busca por uma sempre constante melhoria e progressão.

2. A ORDEM ECONÔMICA

A partir das reflexões trazidas, fica fácil compreender a Ordem Econômica como um “conjunto de elementos compatíveis entre si, ordenadores da vida econômica de um Estado, direcionados a um fim”.²

Mas qual seria tal fim? Segundo a própria Constituição de 1988, *a garantia da vida digna, conforme os ditames da justiça social* (art. 170). Mas aqui cabe um alerta, pois tal finalidade não é uma tarefa fácil se levarmos em conta todo o processo de avanço do capitalismo e do individualismo nas sociedades contemporâneas. Por isso, tal fim é, antes de qualquer coisa, dependente de um plano de distribuição de riquezas. Para tanto, a Constituição vem munida de normas que podem viabilizar tal objetivo, com destaque para os *direitos sociais*, já estudos por nós anteriormente.

Importante a observação de Vital Moreira,³ para quem a noção de Ordem Econômica traz um duplo sentido: se por um lado designa o conjunto de normas que estruturam e determinam as relações econômicas, estabelecem diretivos que atuam no plano do *dever-ser* (no alemão, *sollen*); por outro, a mesma expressão é utilizada para designar um conjunto de práticas econômicas concretas, e, portanto, ligadas ao plano do *ser* (no alemão, *sein*).

Dentro da história do constitucionalismo, José Afonso da Silva⁴ destaca que a matéria adquiriu relevância jurídico-constitucional a partir de 1917, quando as Constituições dos Estados passaram a disciplinar o tema.

No Brasil, o primeiro texto constitucional a dispor sobre a Ordem Econômica foi a Constituição de 1934, sob fortes influências da Constituição alemã de Weimar. Importante, ainda, aclarar que isso não pode ser confundido como um início de “socialização”, já que em momento algum se perdeu de vista o fato de que a ordem jurídica brasileira era eminentemente *capitalista* (apoiada na propriedade privada dos meios de produção).

2.1. A Ordem Econômica e a Constituição Econômica

Uma vez que as Constituições, a partir da década de 1917, passaram a trazer em seus textos normas sobre direitos sociais e econômicos, gradativamente, tal disciplina passou a fixar contornos mais amplos, demonstrando uma normatividade da questão (econômica) que não se encontrava restrita ao âmbito do direito público, mas que caminhava para a

1. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, p. 1.057.

2. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de Direito Constitucional*, p. 1.057.

3. MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do capitalismo*, p. 67-71.

4. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 786.

ordenação de relações de natureza privada.⁵ Após a crise econômica de 1929, com mais afinco se buscou normas constitucionais para regulação das relações econômicas.

Assim, passou-se a falar em uma Constituição Econômica e de um direito público de natureza econômica, a fim de sistematizar tal ordem e dar-lhe estabilidade.⁶

Os estudiosos passaram, então, a referir-se à Constituição Econômica como um “conjunto de normas constitucionais que têm por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das relações principais dele decorrentes”;⁷ e, assim, não a confundir com a Constituição Política, mas sendo aquela uma parte desta e a esta submetida.⁸ Por isso, a Constituição Econômica não pode ser lida à parte dos princípios democráticos nem dos princípios do Estado de Direito.

Importante, ainda, o lembrete de que as normas constitucionais sobre o tema não esgotam a disciplina, o que leva os autores a distinguirem a Constituição Econômica *material* – entendido aqui o núcleo essencial de normas que regem e disciplinam o sistema, fixando os princípios básicos das instituições de natureza econômica, estando tais normas presentes ou não no texto constitucional – da Constituição Econômica *formal* – aqui como sendo exclusivamente as normas que integram o texto constitucional sobre o tema.⁹

Gilberto Bercovici¹⁰ lembra que as determinações da Constituição Econômica se enquadram no rol definido pelas *normas programáticas* (ou, como quer Canotilho, dirigentes), já que traça para o Estado um conjunto de tarefas e de políticas a serem realizadas a fim de que certos objetivos sejam alcançados.

5. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988, p. 13-14; MENDES, Gilmar Ferreira et al., *Curso de direito constitucional*, p. 1.288.

6. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, p. 1.058.

7. CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, p. 1.058; MARINHO, Josaphat, *Constituição econômica*, p. 4.

8. Para Vital Moreira (*A ordem jurídica do capitalismo*, p. 41), a Constituição Econômica é um “conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou, de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizando uma determinada ordem econômica concreta”; no mesmo sentido CUNHA JÚNIOR, Dirley da, *Curso de direito constitucional*, p. 1.059.

9. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 791.

10. BERCOVICI, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988, p. 33-34.

2.2. A Ordem Econômica na Constituição brasileira de 1988

Mesmo que a Ordem Econômica brasileira seja fundada na liberdade de iniciativa econômica, garantindo o direito de propriedade privada dos meios de produção – típico dos modelos capitalistas –, a Constituição de 1988 institui diversos princípios sob os quais se subordinam e limitam o processo econômico, a fim de que, com isso, se possa direcioná-lo para a persecução do bem-estar de toda a sociedade, notadamente na melhoria da qualidade de vida.

É por isso que podemos afirmar que a legitimidade de qualquer atividade econômica se condiciona à realização, principalmente, da dignidade humana (art. 170). Para tanto, conjuga um modelo capitalista a um perfil *intervencionista* de Estado, em três formas:

- **Direta:** por meio do art. 173, como medida excepcional, o Estado poderá explorar determinada atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou quando referente a elevado interesse coletivo, a ser definido em lei. Assim, o Estado fará uso das **empresas públicas** e das **sociedades de economia mista**¹¹, como pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da Administração Pública indireta.¹²

11. RE 599.628/DF, julg. 25.05.2011: Financeiro. Sociedade de economia mista. Pagamento de valores por força de decisão judicial. Inaplicabilidade do regime de precatório. art. 100 da Constituição. Constitucional e processual civil. Matéria constitucional cuja repercussão geral foi reconhecida. **Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.** Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte **não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais** (art. 100 da CR/88). Porém, já decidiu o STF que: **As sociedades de economia mista prestadoras de serviço público de atuação própria do Estado e de natureza não concorrencial submetem-se ao regime de precatório.** STF. Plenário. ADPF 387/PI, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 23.03.2017 (Inf. 858). 1ª Turma. RE 627242 AgR, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, julg. em 02.05.2017. STF. 2ª Turma. RE 852302 AgR/AL, Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 15.12.2015. Ver também a **Lei nº 13.303 de 30.06.2016** que dispõe sobre o *Estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*.

12. RE 589.998/PI julg. em 20.03.2013: “Os **empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF**, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II – Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV – Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a **motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho**”. No mesmo sentido: ADI 4284 RR julg. em 09.04.2015. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Porém, o STF

Nesses termos, conforme a doutrina, a **Empresa pública** é uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo DF ou pelos Municípios.

Já a **Sociedade de economia mista** é também uma entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.¹³

Já decidiu o STF que é constitucional a exclusão das empresas estatais do regime de falência e recuperação judicial previsto na Lei nº 11.101/2005, na medida em que a extinção dessas entidades somente pode ocorrer por lei e não por decisão judicial de decretação de insolvência (CF/1988, arts. 37, XIX, e 173, *caput*).

A exploração direta de atividade econômica pelo Estado só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, mediante lei. De igual forma, para se retirar uma empresa estatal do mercado, é necessária a edição de lei específica, em razão da simetria das formas, o que afasta a incidência do regime falimentar.¹⁴

Por força do art. 37, XIX, da CR/88, apenas lei específica poderá **autorizar** a instituição de uma empresa pública ou de uma sociedade de economia mista, ficando também subordinadas à autorização legislativa a criação de subsidiárias (art. 37, XX, da CR/88).¹⁵

reuiu o posicionamento do acórdão em 2018 (em ED), especificando que a decisão foi apenas para os correios: *A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados*. STF. **Plenário. RE 589998 ED/PI**, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em **10.10.2018** (repercussão geral) (Inf. 919). E posteriormente o STF, no **Tema 1022**, afirmou que as demais empresas públicas e sociedades de economia mista também possuem o dever jurídico de motivar a demissão de seus empregados.

13. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo. Ed. Atlas, 2009.

14. Tese Fixada: *É constitucional o art. 2º, I, da Lei nº 11.101/2005 quanto à inaplicabilidade do regime falimentar às empresas públicas e sociedades de economia mista, ainda que desempenhem atividades em regime de concorrência com a iniciativa privada, em razão do eminente interesse público/coletivo na sua criação e da necessidade de observância do princípio do paralelismo das formas*. STF. **Plenário. RE 1.249.945/MG**, Rel. Min. Flávio Dino, julgado em **20.10.2025** (Repercussão Geral – Tema 1.101) (Inf. 1195).

15. “Violação do art. 173, § 1º da CR/88: (...) Viola a reserva de lei para dispor sobre norma de direito comercial voltada à organização e estruturação das empresas públicas e das sociedades de economia mista **norma constitucional estadual** que estabelece número de vagas, nos órgãos de administração das pessoas jurídicas, para ser preenchidas por representantes

Como a criação das empresas estatais necessitava de uma lei prévia autorizando, até recentemente prevalecia o entendimento de que, em razão do paralelismo (simetria) das formas, a extinção das empresas estatais também deveria ser precedida de autorização legislativa.

O STF analisou esse tema na ADI 6241/DF em 06.02.2021. A questão aventada foi a seguinte: Para que ocorra a desestatização da empresa estatal também necessária lei específica ou basta uma autorização genérica prevista em lei que veicule programa de desestatização?

No caso, a Lei nº 9.491/97 tratou sobre o Programa Nacional de Desestatização¹⁶ e autorizou a desestatização de empresas estatais. Justamente por isso o questionamento se a lei genérica seria suficiente.

Pois bem, entendeu o STF que é desnecessária, em regra, lei específica para inclusão de sociedade de economia mista ou de empresa pública em programa de desestatização. Nesses termos, aqui não se aplica o princípio do paralelismo das formas.

Porém, para o STF, existe exceção. Essa seria na hipótese em que a lei que autorizou a criação da empresa estatal, afirma expressamente que seria necessária lei específica para sua extinção ou privatização. Nesses casos, obviamente, não é suficiente uma lei genérica (portanto: não basta a Lei nº 9.491/97), sendo necessária lei específica.¹⁷

Aqui, é interessante observar que, na decisão da ADI 6241, o STF afirmou que a autorização legislativa genérica não corresponde a delegação discricionária e arbitrária ao Chefe do Poder Executivo. Essa autorização é pautada em objetivos e princípios

dos empregados.” (ADI 238, julg. em **24.02.2010**). Já na ADI 144 julg. em **19.02.2014**, o STF decidiu que: *os Estados-membros não poderiam impor obrigações de natureza civil, comercial ou trabalhista às empresas públicas e às sociedades de economia mista, porquanto sujeitas ao regime das empresas privadas (Violação ao art. 22, I da CR/88)*. Porém, já decidiu o STF na ADI 232/RJ julg. em **05.08.2015**, que Constituição Estadual *pode prever que é proibido que os servidores estaduais substituam trabalhadores de empresas privadas em greve*. Inf. 793 do STF: “O Plenário, por maioria, julgou improcedente pedido formulado em ação direta e declarou a constitucionalidade do art. 77, XXIII, da Constituição do Estado do RJ (XXIII – ressalvada a legislação federal aplicável, ao servidor público estadual é proibido substituir, sobre qualquer pretexto, trabalhadores de empresas privadas em greve)”.

16. “Desestatizar significa retirar do domínio do Estado determinadas atividades e transferi-las aos particulares, visando à maior eficiência na prestação delas e redução de custos. Isso ocorre por meio da privatização, em que se transferem empresas estatais a particulares, ou por meio de concessão ou permissão de serviços públicos. Esses dois últimos institutos permitem que particulares executem serviços públicos que antes eram prestados pelo Estado. A titularidade permanece sob o domínio estatal, sendo a execução repassada a particulares.” SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. Manual Didático de Direito Administrativo. 6ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018, p. 270.

17. ADI 6241/DF, STF. **Plenário**. Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em **06.02.2021** (Informativo 1004).

que devem ser observados nas diversas fases deliberativas do processo de desestatização. A atuação do chefe do Poder Executivo vincula-se aos limites e condicionantes legais previstos.

A retirada do Poder Público do controle acionário de uma empresa estatal ou a extinção dessa empresa pelo fim da sua personalidade jurídica, é consequência de política pública autorizada pelo Congresso Nacional, em previsão legal pela qual se cria o Programa de Desestatização, objetivando a redução da presença do Estado na economia e fixando-se, objetivamente, os parâmetros a serem seguidos para a efetivação de eventual desestatização pelo Poder Executivo.¹⁸

Na sequência, como já dito, são também subordinadas à autorização legislativa a *criação de subsidiárias* nos termos do art. 37, XX, da CR/88.

A Subsidiária é uma empresa controlada pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista e que é criada para atuar em ramos específicos. Um exemplo recorrente é o da Petrobras que é uma sociedade de economia mista que possui inúmeras subsidiárias (como a BR Distribuidora). E mais uma vez, como já observamos, para a criação de uma subsidiária, a CR/88 também exige a edição de lei autorizativa.

No entanto, a doutrina e o STF, interpretando esse dispositivo, afirmam que a criação das subsidiárias não precisa de autorização legislativa específica. Basta uma autorização genérica que pode estar na lei que autorizou a criação da empresa estatal matriz.¹⁹

Sobre o tema em comento, o STF enfrentou um importante *hard case* em 2019, no julgamento da ADI 5624 MC- Ref/DF.

A Lei nº 13.303/2016 é um estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias e se aplica às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica; ou que se dediquem à prestação de serviços públicos.²⁰

Essa referida lei trouxe novas hipóteses de licitação dispensável previstas no art. 29. Essas hipóteses se aplicam para as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, nos termos do art. 1º da Lei nº 13.303/2016. Pois bem, o art. 29. Afirmou que: É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: (...) XVIII – na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem.

Em 2017, o Presidente da República, com base na dispensa de licitação prevista neste art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016, editou o Decreto nº 9.188/2017 instituindo o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista.

Este regime teve como objetivo alienar ativos pertencentes às sociedades de economia mista federal. Essa alienação pode ser descrita como qualquer forma de transferência total ou parcial de ativos para terceiros.²¹

Pois bem, foram propostas ADIs contra o art. 29, XVIII, da Lei nº 13.303/2016 e o Plenário do STF julgou a medida cautelar em 05 e 06.06.2019.

O Plenário, em voto médio, referendou parcialmente medida cautelar anteriormente concedida em ação direta de inconstitucionalidade, para conferir ao art. 29, *caput*, XVIII, da Lei 13.303/2016 interpretação conforme à Constituição Federal, nos

18. **ADI 6241/DF**, STF, Plenário. Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em **06.02.2021** (Inf. 1004). Também já decidiu o STF: É constitucional – por não violar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e proibição ao retrocesso social – a revogação de dispositivo de Constituição estadual que impõe a prévia aprovação plebiscitária como requisito de validade para a alienação, transferência do controle acionário, cisão, incorporação, fusão ou extinção de empresas estatais. Conforme jurisprudência desta Corte, é suficiente a autorização prevista em lei que veicule programa de desestatização para deflagrar o processo de privatização de empresas estatais (1). Além disso, não há óbice constitucional à revogação da exigência de aprovação plebiscitária, pois o emprego do plebiscito como técnica legislativa complementar, à exceção das hipóteses expressamente exigidas pela Constituição, insere-se no âmbito da discricionariedade do Poder Legislativo, cujo exercício só poderá ser sobreposto pelo Judiciário em face de evidente inconstitucionalidade. ADI 6.291/RS e ADI 6.325/RS, Rel. Min. Cristiano Zanin, julgados em **28.10.2024** (Inf. 1156).

19. (...) 2. É dispensável a autorização legislativa para a criação de empresas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz, tendo em vista que a lei criadora é a própria medida autorizadora. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. ADI 1649, STF, Plenário, julg. em 24.03.2004.

20. Com relação a referida Lei, já decidiu o STF que: São constitucionais os dispositivos da Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais) que proíbem a indicação, para cargos no Conselho de Administração e para a diretoria das empresas estatais, de (i) representante do órgão regulador ao qual a empresa está vinculada; (ii) Ministros de Estado, Secretários estaduais e municipais e titulares de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na Administração Pública; (iii) dirigente estatutário de partido político e titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação; e (iv) pessoa que, nos últimos 36 meses, participou de estrutura decisória de partido político ou da organização, estruturação e realização de campanha eleitoral. Contudo, em observância aos princípios da boa-fé e da continuidade do serviço público, devem ser mantidas as indicações realizadas antes ou durante a vigência da liminar deferida em 16.03.2023, a qual suspendeu as referidas restrições. STF, Plenário. **ADI 7331/DF**. Red. do acórdão Min. André Mendonça, julg. em **09.05.2024** (Inf. 1136).

21. Os ativos que o Governo pretendia alienar (vender) sem fazer licitação seriam: unidades operacionais pertencentes às sociedades de economia mista (ou suas subsidiárias); estabelecimentos pertencentes às sociedades de economia mista (ou suas subsidiárias); direitos e participações da sociedade de economia mista em outras sociedades. In: Dizer o Direito, Maio de 2019. (Inf.943)

seguintes termos: 1) a *alienação do controle acionário de empresas públicas e sociedades de economia mista exige autorização legislativa e licitação*²²; e 2) a exigência de *autorização reviativa, todavia, não se aplica à alienação do controle de suas subsidiárias e controladas*. Nesse caso, a operação *pode ser realizada sem a necessidade de licitação*, desde que siga procedimentos que observem os *princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CR/88*.

Assim sendo, entendeu o STF que: a) o art. 37, XIX, da CR/88, afirma que somente por lei específica poderá ser autorizada a instituição de empresa pública ou de sociedade de economia mista; b) a alienação do controle acionário de empresas públicas ou de sociedades de economia mista é equiparada à extinção da empresa pública ou da sociedade de economia mista; c) por força do paralelismo das formas, somente por lei poderá ser autorizada a extinção de empresa pública ou de sociedade de economia mista; d) logo, somente por lei poderá ser autorizada a alienação do controle acionário de empresa pública ou de sociedade de economia mista.²³

Já para as subsidiárias e controladas, o STF decidiu que *não se exige* autorização legislativa para a *alienação do controle das subsidiárias e das*

controladas pertencentes às empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Além disso, a *alienação do controle das subsidiárias e das controladas não precisa de prévia licitação*, sendo indispensável, no entanto, conforme a ADI 5624, que essa alienação cumpra procedimentos que observem os princípios da administração pública inscritos no art. 37 da CR/88, respeitada, sempre, a exigência de necessária competitividade.²⁴

No mesmo sentido, temos o julgado da ADPF 794, em 21.05.2021, no qual o STF novamente afirmou que é dispensável a autorização legislativa para a alienação de controle acionário de empresas subsidiárias. Nesses termos:

No julgamento da ADI 5624 MC-Ref/DF, prevaleceu o entendimento de que a lei que autoriza a criação da empresa estatal matriz é suficiente para viabilizar a criação de empresas controladas e subsidiárias, não havendo se falar em necessidade de autorização legal específica para essa finalidade. Assim, se é compatível com a CF a possibilidade de criação de subsidiárias quando houver previsão na lei que cria a respectiva empresa estatal, por paralelismo, não há como obstar, por suposta falta de autorização legislativa, a alienação de ações da empresa subsidiária, ainda que tal medida envolva a perda do controle acionário do Estado.²⁵

Na sequência, é interessante ressaltar que o STF também já entendeu que a Petrobras (que é uma sociedade de economia mista) pode criar subsidiárias e, em seguida, alienar o controle acionário delas sem licitação e sem autorização legislativa específica.²⁶

No caso, a Petrobras elaborou um plano de desinvestimento por meio do qual ela decidiu vender algumas de suas refinarias. Para isso, a Petrobras criou subsidiárias que passaram a ser as proprietárias dessas refinarias e, em seguida, o controle acionário

22. Para o Min. Ricardo Lewandowski, a alienação de participação societária, inclusive de controle acionário, é uma **forma clássica de privatização**. Isso porque se o Poder Público perde o controle acionário da entidade, ou seja, se o controle acionário da sociedade de economia mista passa para a iniciativa privada, essa entidade deixa de ser uma sociedade de economia mista. **Na sociedade de economia mista, as ações com direito a voto devem pertencer, em sua maioria, ao Poder Público**. Assim, como a perda do controle acionário é equiparado à extinção da sociedade de economia mista, essa operação precisa de autorização legislativa. O STF possui, portanto, julgados afirmando ser **imprescindível a autorização legislativa para que ocorra a transferência do poder de controle de sociedades de economia mista**. Nesse sentido: (...) 3. "No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 234/RJ, ao apreciar dispositivos da Constituição do Rio de Janeiro que vedavam a alienação de ações de sociedades de economia mista estaduais, o STF conferiu interpretação conforme à Constituição da República, no sentido de serem admitidas essas alienações, condicionando-as à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão-somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado. Naquela assentada, se decidiu também que o Chefe do Poder Executivo estadual não poderia ser privado da competência para dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual." (ADI 1348/RJ, DJe 7/3/2008). 4. A autorização legislativa exigida "há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuide de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista" e demais estatais. (ADI 234 QO/RJ, DJe de 9/5/1997). (...) STF. Plenário. ADI 1703, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julg. em 08/11/2017.

23. Conforme o Rel. Ricardo Lewandowski: O Estado não pode abrir mão da exploração de determinada atividade econômica, expressamente autorizada por lei, sem a necessária participação do Parlamento, porque a decisão não compete apenas ao chefe do Poder Executivo. **Importante esclarecer que é plenamente possível a venda de parte das ações na Bolsa de Valores. Contudo, a alienação do controle acionário precisa de lei autorizativa e de processo licitatório**.

24. **ADI 5624 MC-Ref/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em **05 e 06.06.2019** (Informativo 943).

25. Com base nesse entendimento, o Plenário do STF, *por unanimidade, conheceu em parte da arguição de descumprimento de preceito fundamental e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido formulado contra o Edital de Leilão 1/2020 da Companhia Energética de Brasília (CEB), que se destina a alienação de cem por cento do controle acionário da CEB-Distribuição S.A.* **ADPF 794/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em **21.05.2021** (Inf. 1018).

26. **Rcl 42576 MC/DF**, STF. Plenário. red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em **30.09 e 01.10.2020** (Inf. 993).

dessas subsidiárias será alienado, sem licitação e sem prévia autorização legislativa.²⁷

As Mesas do Congresso Nacional, do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ajuizaram reclamação no STF contra essa alienação. Alegaram que a constituição de subsidiárias a partir de desmembramentos da empresa-matriz, com a finalidade única de alienação do controle acionário, caracteriza desvio de finalidade e prática proibida e inconstitucional, quando motivada pelo interesse na alienação de ativos, com a possibilidade de conduzir a “privatizações brancas”, sem o controle democrático do Congresso Nacional.

Pois bem, o STF indeferiu a medida cautelar formulada na reclamação. Para o Pretório Excelso, a específica autorização legislativa somente é obrigatória na hipótese de alienação do controle acionário de sociedade de economia mista (empresa-mãe).²⁸

E sendo assim, não há necessidade dessa prévia e específica anuência para a criação e posterior alienação de ativos da empresa subsidiária, dentro de um elaborado plano de gestão de desinvestimento, voltado para garantir maiores investimentos e, consequentemente, maior eficiência e eficácia da empresa-mãe. Existe uma autorização legislativa genérica para a criação de subsidiárias. Essa autorização legislativa genérica reflete também a possibilidade de alienação de ativos da subsidiária sem autorização legislativa específica.

Aqui o raciocínio é o de que o Congresso Nacional teria concedido ao Poder Executivo um importante instrumento de gestão empresarial, para garantir a eficiência e a eficácia da sociedade de economia mista no cumprimento de suas finalidades societárias. Desse modo, na criação ou extinção de subsidiárias, o preceito maior de gestão empresarial que deve ser seguido é garantir a melhor atuação, eficiência e eficácia da empresa-mãe.²⁹

Portanto, no julgamento da ADI 5624, o STF entendeu que o Congresso Nacional, nos exatos termos do inciso XX do art. 37 da CR/88, ao criar a Petrobras, concedeu a necessária autorização legislativa genérica ao Poder Executivo para organizá-la empresarialmente, a fim de que cumprisse as

atividades previstas em seu objeto social da melhor forma possível.

A autorização legislativa não criou ou autorizou especificamente a criação de subsidiária, nem obrigou qualquer criação, mas permitiu que o Executivo, em atos de gestão empresarial, analisasse essa possibilidade, que, se concretizada, deveria vincular-se a uma única exigência congressual: respeitar a finalidade de cumprir as atividades de seu objeto social.³⁰

Nesse momento, é importante ressaltar também, que o STF já decidiu, no RE 892727/DF, que não se submetem ao **regime de precatório** as empresas públicas dotadas de personalidade jurídica de direito privado com patrimônio próprio e autonomia administrativa que exerçam atividade econômica sem monopólio e com finalidade de lucro.³¹

Assim, o **regime de precatórios** é aplicável para as empresas públicas se for uma empresa pública prestadora de serviços públicos. Aqui, embora, em regra, as sociedades de economia mista e as empresas públicas estejam submetidas ao regime próprio das pessoas jurídicas de direito privado, o STF tem estendido algumas prerrogativas da Fazenda Pública a determinadas empresas estatais prestadoras de relevantes serviços públicos. Como exemplos, temos: Correios (ECT), Casa da Moeda, Infraero e companhias estaduais de saneamento básico (*nas hipóteses em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro*).³²

Na sequência, já decidiu o STF que o regime de licitação e contratação previsto na Lei nº 8.666/93 (antiga Lei de Licitações) é inaplicável às sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria das empresas privadas, concorrendo, portanto, no mercado. Assim sendo, não é possível conciliar o regime previsto na antiga Lei nº 8.666/93 com a agilidade própria desse tipo de mercado que é movido por intensa concorrência entre as empresas que nele atuam.³³

27. **Rcl 42576** MC/DF, STF. Plenário. red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em **30.09** e **01.10.2020** (Inf. 993).

28. **Rcl 42576** MC/DF, STF. Plenário. red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em **30.09** e **01.10.2020** (Inf. 993).

29. **Rcl 42576** MC/DF, STF. Plenário. red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em **30.09** e **01.10.2020** (Inf. 993).

30. **Rcl 42576** MC/DF, STF. Plenário. red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em **30.09** e **01.10.2020** (Inf. 993).

31. STF. 1ª Turma. RE 892727/DF, red. p/ o ac. Min. Rosa Weber, julgado em 07.08.2018 (Informativo 910).

32. Exemplo: *A Casa da Moeda do Brasil executa e presta serviço público mediante outorga da União. A CF/88 conferiu a ela, em regime de monopólio, o encargo de emitir moeda (art. 21, VII). Em razão disso, o STF atribuiu à Casa da Moeda as prerrogativas de Fazenda Pública, como imunidade tributária e execução pelo regime de precatórios*. STF. 1ª T. RE 1009828 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, julg em 24.08.2018.

33. **RE 441280/RS**, STF. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **06.03.2021** (Informativo 1008).

Portanto, a Petrobras e as demais sociedades de economia mista que explorem atividade econômica própria, são obrigadas a fazer licitação, mas as regras do procedimento licitatório não são as da Lei 8.666/93 (antiga Lei de licitações).

Aqui ressaltamos que a própria Constituição de 1988 entendeu que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, por terem um grau maior de autonomia e por desempenharem atividades peculiares, deveriam seguir **regras próprias de licitação**, diferentes daquelas aplicáveis para a administração pública direta, autárquica e fundacional, conforme o art. 173, § 1º, III, da CR/88.³⁴

No caso concreto, afirmou o STF que a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) disputa espaço livremente no mercado em que atua, aí incluída a luta entre concorrentes, em condições parelhas com as empresas privadas. Por isso, não se há de exigir que fique subordinada aos rígidos limites da licitação da lei especial destinada aos serviços públicos, em sentido ampliado, sob pena de criar-se um grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais.³⁵

Também já decidiu o STF (conforme citado em nota) que a **demissão de empregados públicos** das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), admitidos após prévia aprovação em concurso público, **independe de processo administrativo**, mas deve ser feita mediante ato formal que contenha a indicação das razões que o motivaram.³⁶

Assim como ocorre na admissão, a dispensa de empregados públicos deve obediência ao princípio da impessoalidade (CR/1988, art. 37, *caput*), de modo que se exige a exposição de suas razões.

Nesse contexto, o empregado admitido por concurso e demitido sem justa causa tem o direito de

saber, seja qual for o motivo, as razões de seu desligamento. O que se demanda é apenas a indicação por escrito dos motivos da dispensa, isto é, não há necessidade de prévio processo administrativo ou contraditório.

A mera existência de motivação do ato de dispensa dos empregados **não** tem o condão de igualar o seu regime jurídico ao dos servidores públicos efetivos, que gozam da garantia de estabilidade (CR/1988, art. 41, § 1º, II).³⁷

Nesse sentido, o STF fixou a seguinte tese: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, sejam elas *prestadoras de serviço público* ou *exploradoras de atividade econômica*, ainda que em regime concorrencial, têm o *dever jurídico* de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados concursados, não se exigindo processo administrativo. Tal motivação deve consistir em fundamento razoável, não se exigindo, porém, que se enquadre nas hipóteses de justa causa da legislação trabalhista.”³⁸

Por último, também já decidiu o STF, que o teto constitucional remuneratório não incide sobre os salários pagos por empresas públicas e sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que não recebam recursos da Fazenda Pública.

No caso, a Câmara Legislativa do Distrito Federal aprovou uma emenda à Lei Orgânica do DF afirmando que o teto remuneratório se aplica para os empregados de *todas* as empresas públicas e sociedades de economia mista.

Portanto, para o STF, é inconstitucional norma (no caso: emenda à lei orgânica do DF) que preveja que o teto remuneratório se aplica para todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, ou seja, mesmo aquelas que não recebam recursos da Administração Pública.³⁹

• **Indireta:** tomando por base o art. 174 da CR/88 e estabelecendo a regra geral. Aqui, o Estado

34. RE 441280/RS, STF, Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julg. em 06.03.2021 (Inf. 1008). A Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essa Lei, atendendo ao que dispõe o art. 173, § 1º, III, da CF/88 trouxe regras específicas de licitação a serem aplicadas às empresas públicas e sociedades de economia mista.

35. RE 441280/RS, STF, Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 06.03.2021 (Inf. 1008).

36. RE 688.267/CE, STF, Plenário. Red. do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julg. em 28.02.2024 (Repercussão Geral – Tema 1.022) (Inf. 1126). Em 2013, ao analisar um caso envolvendo um empregado dos Correios que havia sido demitido sem motivação, o STF já havia afirmado que a ECT (Correios) tem o dever de motivar formalmente o ato de dispensa de seus empregados: STF, Plenário. RE 589998, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.03.2013 (Repercussão Geral – Tema 131) (Inf. 699). Ou seja, antes do julgamento do Tema 1022, so tínhamos a decisão sobre os Correios: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados. STF, Plenário. RE 589998 ED/Pl, julg. em 10.10.2018 (Repercussão Geral – Tema 131) (Inf. 919).

37. RE 688.267/CE, STF, Plenário. Red. do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julg. em 28.02.2024 (Repercussão Geral – Tema 1.022) (Inf. 1126). A estabilidade do art. 41 da CR/88 é conferida apenas aos **servidores estatutários**. Os agentes públicos que atuam nas empresas públicas e sociedades de economia mista são **servidores celetistas (empregados públicos)**. Portanto, não gozam de estabilidade.

38. RE 688.267/CE, STF, Plenário. Red. do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julg. em 28.02.2024 (Repercussão Geral – Tema 1.022) (Inf. 1126).

39. ADI 6584/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 21.05.2021 (Informativo 1018). O teto se aplica à Administração direta e indireta. Ele se aplica para Agentes públicos da administração direta; b) Ele se aplica para Agentes públicos das autarquias e fundações e; c) Para os Empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista *ele se aplica se a empresa pública ou a sociedade de economia mista receber recursos da União, dos Estados, do DF ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral*, nos termos do art. 37, § 9º, da CR/88.

não se assume como um agente econômico, mas, sim, como um **agente normativo regulador** da atividade.⁴⁰ Logo, não poderá ser considerado um partícipe no jogo de mercado, mas um sujeito acima, que **fixa as normas** para que o jogo seja jogado e **fiscaliza** sua observância.

Contudo, nesse tema, devemos ficar atentos ao modo como o Estado intervém devido aos impactos positivos ou negativos que a intervenção pode gerar.

Em interessante decisão sobre a fixação de preços para o **setor sucroalcooleiro**, o STF no AI 777.361, reiterou mais uma vez que fere o **princípio da livre-iniciativa** a fixação de preços em valores abaixo dos reais devendo ser reconhecida a responsabilidade objetiva da União em face do ato estatal que fixou os preços dos produtos sucroalcooleiros em valores inferiores ao levantamento de custos realizados pela Fundação Getúlio Vargas.⁴¹

Aqui, é interessante citarmos também, a figura das **Organizações Sociais (OS)** e decisão do STF sobre elas. As **Organizações Sociais** são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, prestadoras de atividades de interesse público e que, por terem preenchido determinados requisitos previstos na Lei nº 9.637/98, recebem a qualificação de “organização social”.⁴²

Essas pessoas jurídicas, depois de obter esse título de “organização social”, poderão celebrar com o Poder Público contrato de gestão⁴³, por meio do qual receberão incentivos públicos para continuar realizando suas atividades. Conforme o art. 1º da Lei nº 9.637/98, “o Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.”

Certo é que foi ajuizada ADI, contra dispositivos da Lei nº 9.637/98, e, também contra o art. 24, XXIV,

da Lei nº 8.666/93 (antiga Lei das Licitações), que previam a dispensa de licitação nas contratações de organizações sociais.⁴⁴

Pois bem, na ADI 1923/DF, julgada em 16.04.2015, o STF entendeu que as normas questionadas não eram inconstitucionais, porém deu **interpretação conforme à constituição** a esses dispositivos nos seguintes termos da ementa: “a) o procedimento de qualificação das organizações sociais deve ser conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do “caput” do art. 37 da CF, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o disposto no art. 20 da Lei 9.637/98; b) a celebração do contrato de gestão deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; c) as hipóteses de **dispensa de licitação para contratações** (Lei 8.666/1993, art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei 9.637/1998, art. 12, § 3º) **são válidas**, mas devem ser conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF; d) Os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e) a **seleção de pessoal pelas organizações sociais** deve ser conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado **por cada entidade**⁴⁵; e f) qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas deve ser afastada.”⁴⁶

44. Aqui apenas chamamos a atenção para a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021.

45. Não se aplica às *organizações sociais* a exigência de concurso público (art. 37, II, da CR/88), embora o STF tenha determinado que as organizações sociais, quando forem contratar seus funcionários, deverão fazer um procedimento objetivo e impessoal.

46. **ADI 1923/DF** Pleno do STF, julg. em **16.04.2015**, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux: “1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo preconcebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevalentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, *caput*), educação (CF, art. 209, *caput*), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, *caput*, da CF. 3. A atuação do poder

40. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 806.

41. AI 777.361 Rel. Min. Dias Toffoli, Julg. em **26.06.2012**. Também: AI 632644 Rel. Min. Luiz Fux. DJ: **10.05.2012**.

42. Essas entidades estão no intitulado “**terceiro setor**” na qual temos entidades privadas que, mesmo sem integrarem a Administração Pública, executam atividades de interesse público (social) e sem fins lucrativos. Assim como os serviços sociais autônomos (**sistema “S”: Sesi, Senai, SENAC**), as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e as Entidades de Apoio.

43. No **contrato de gestão** (para alguns, melhor seria: convênio ou termo de colaboração) serão listadas as atribuições, responsabilidades e obrigações do Poder Público e da organização social. O contrato de gestão deve ser submetido ao Ministro de Estado da área correspondente à atividade fomentada.

Aqui, temos também, que conforme o RE nº 789.874, julgado em 17.09.2014, “os **serviços sociais autônomos** (sistema “s”: SESI, SENAI, SENAC etc.), por possuírem natureza jurídica de direito privado e não integrarem a Administração Pública, mesmo que desempenhem atividade de interesse público em cooperação com o ente estatal, não estão sujeitos à observância da regra de concurso público (art. 37, II, da CR/88) para contratação de seu pessoal”. Embora, como já citamos, o STF tenha determinado que as organizações sociais, quando forem contratar seus funcionários, deverão fazer um procedimento objetivo e impessoal.

Como já vimos, esses serviços sociais autônomos são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, criadas por lei e que se destinam a prestar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais. São pessoas jurídicas de direito privado que cooperam com o Estado, mas que com

este não se confundem, sendo considerados entes paraestatais (os funcionários dos serviços sociais autônomos são contratados e regidos pela CLT).

Aqui ainda é preciso observar que o art. 175 da CR/88, estabelece que *incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos*. A Lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.⁴⁷

A Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Serviços Públicos) é a que regulamenta as concessões e permissões de serviço público. Essa lei é a concretização da competência da União de legislar sobre normas gerais de licitação, possuindo, portanto, caráter nacional e vinculando todos os entes federados.

Conforme a Lei nº 8.987/95, considera-se **concessão** de serviço público a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 2º, II);

Já a **permissão** de serviço público é a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco (art. 2º, IV).

Sobre o tema, decidiu o STF, que é inconstitucional – por violar o art. 175, *caput*, da CR/1988 – lei estadual que, em caso de não realização de nova licitação, prorroga automaticamente contratos de permissão de transporte rodoviário alternativo intermunicipal

público no domínio econômico e social pode ser viabilizada por intervenção direta ou indireta, disponibilizando utilidades materiais aos beneficiários, no primeiro caso, ou fazendo uso, no segundo caso, de seu instrumental jurídico para induzir que os particulares executem atividades de interesses públicos através da regulação, com coercitividade, ou através do fomento, pelo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. 4. Em qualquer caso, o cumprimento efetivo dos deveres constitucionais de atuação estará, invariavelmente, submetido ao que a doutrina contemporânea denomina de controle da Administração Pública sob o ângulo do resultado (Diogo de Figueiredo Moreira Neto). 5. O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública. 6. A finalidade de fomento, in casu, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão, o que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, sem que isso configure qualquer forma de renúncia aos deveres constitucionais de atuação. 7. Na essência, preside a execução deste programa de ação institucional a lógica que prevaleceu no jogo democrático, de que a atuação privada pode ser mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada a agilidade e a flexibilidade que marcam o regime de direito privado. 8. Os arts. 18 a 22 da Lei nº 9.637/98 apenas concentram a decisão política, que poderia ser validamente feita no futuro, de afastar a atuação de entidades públicas através da intervenção direta para privilegiar a escolha pela busca dos mesmos fins através da indução e do fomento de atores privados, razão pela qual a extinção das entidades mencionadas nos dispositivos não afronta a CF, dada a irrelevância do fator tempo na opção pelo modelo de fomento – se simultaneamente ou após a edição da Lei.(...) 15. As organizações sociais, por integrarem o Terceiro Setor, não fazem parte do conceito constitucional de Administração Pública, razão pela qual não se submetem, em suas contratações com terceiros, ao dever de licitar, o que consistiria em quebra da lógica de flexibilidade do setor privado, finalidade por detrás de todo o marco regulatório instituído pela Lei. Por receberem recursos públicos, bens públicos e servidores públicos, porém, seu regime jurídico tem de ser minimamente informado pela incidência do núcleo essencial dos princípios da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), dentre os quais se destaca o princípio da impessoalidade, de modo que suas contratações devem observar o disposto em regulamento próprio (Lei nº 9.637/98, art. 4º, VIII), fixando regras objetivas e impessoais para o dispêndio de recursos públicos. 16. Os empregados das Organizações Sociais não são servidores públicos, mas sim empregados privados, por isso que sua remuneração não deve ter base em lei (CF, art. 37, X), mas nos contratos de trabalho firmados consensualmente. (...)”

47. Como exemplo: É inconstitucional – por ferir a regra da obrigatoriedade de prévia licitação (CF/1988, art. 175) – a prorrogação da vigência dos contratos de concessão ou de permissão dos “portos secos” cujas outorgas iniciais não forem antecedidas de procedimento licitatório. Conforme jurisprudência desta Corte, é vedada a possibilidade de manutenção de outorgas vencidas, precárias, com prazo indeterminado, ou pactuadas sem licitação sob a égide da Constituição Federal de 1988, sendo que eventual vício na contratação original também macula o prolongamento posterior da vigência. STF, Plenário. ADI 3.497/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 13.06.2024 (Info 1141) No caso: O Tribunal, também por maioria, modulou os efeitos da decisão para permitir que o Poder Público promova, no prazo máximo de 24 meses contados da data da publicação da ata deste julgamento, as licitações de todas as concessões ou permissões cuja vigência esteja amparada nos dispositivos mencionados e que estejam em desacordo com a interpretação ora conferida, findo o qual os respectivos contratos ficarão extintos de pleno direito.

de passageiros e restaura a vigência de permissões vencidas.⁴⁸

Conforme jurisprudência do STF, é imprescindível a existência de prévia licitação para a concessão ou permissão da exploração de serviços de transporte coletivo de passageiros.

Nesse contexto, o fato de a Administração Pública ter procedido à licitação anterior para a escolha desses permissionários não legitima renovações posteriores das respectivas permissões sem a realização de novo procedimento licitatório, pois este é obrigatório. Assim, uma vez finalizado o período em que o permissionário pôde explorar o serviço, é inviável a sua renovação automática sem prévia licitação, ainda que ela decorra de lei. Portanto, se, para a concessão, é exigida a licitação, também deve ser exigida a licitação para a prorrogação.⁴⁹

- **Monopólios:** aqui, o texto constitucional impede o livre desenvolvimento de determinada atividade econômica fixando para o Estado sua exclusiva exploração.

Estabelece o art. 177 da CR/88 que constituem monopólio da União: I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos; II – a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; III – a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores; IV – o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio

de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem.⁵⁰

Temos ainda que a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas “b” e “c” do inciso XXIII, do *caput*, do art. 21, dessa Constituição Federal.

Por último, conforme a CR/88, há a possibilidade de contratação de empresas (estatais ou mesmo privadas) para realização das atividades presentes no art. 177, I a IV, da CR/88 (acima citadas), observadas as condições estabelecidas em Lei (art. 177, § 1º).

2.3. Princípios da Ordem Econômica

Nos termos constitucionais de 1988, a ordem econômica é 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, observados os princípios: a) da soberania nacional; b) da propriedade privada; c) da função social da propriedade⁵¹; d) da livre concorrência⁵²; e) da defesa do consumidor; f) da defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação⁵³; g) da redução das desigualdades regionais e sociais; h) da busca do

48. **ADI 7.241/PI**, STF, Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **26.02.2024** (Inf. 1125).

49. Com base nesse entendimento, o Plenário, por unanimidade, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 7.844/2022 do Estado do Piauí. **ADI 7.241/PI**, STF, Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **26.02.2024** (Inf. 1125). Porém, o STF admite **uma exceção** sobre o assunto. O STF admitiu a **delegação do serviço de transporte intermunicipal** sem prévia licitação em situações excepcionais, conforme tese fixada no julgamento do RE 1.001.104-RG (Tema 854): Salvo situações excepcionais, devidamente comprovadas, o implemento de transporte público coletivo pressupõe prévia licitação. STF, Plenário. RE 1001104, Rel. Marco Aurélio, julgado em 15/05/2020 (Repercussão Geral – Tema 854) Outra questão importante, que não podemos confundir, é a de que: *Os serviços de transporte coletivo terrestre de passageiros, desvinculados da exploração da infraestrutura, podem ser outorgados sem licitação prévia, mediante simples autorização. É constitucional dispositivo de lei federal que altera o regime de outorga da prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração de obras de infraestrutura, permitindo sua realização mediante mera autorização estatal, sem a necessidade de licitação prévia, desde que cumpridos requisitos específicos. A regra geral é a realização de licitação. No entanto, especificamente em relação ao transporte rodoviário interestadual e internacional, uma interpretação sistêmica da Constituição admite a autorização do serviço sem o processo licitatório, mediante o respeito aos princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).* Plenário. ADI 5549/DF e ADI 6270/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgados em **29.03.2023** (Inf. 1089).

50. A Lei nº 14.134/2021, dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, e sobre as atividades de escoamento, tratamento, processamento, estocagem subterrânea, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera as Leis nºs 9.478, de 6 de agosto de 1997, e 9.847, de 26 de outubro de 1999; e revoga a Lei nº 11.909, de 4 de março de 2009, e dispositivo da Lei nº 10.438, de 26 de abril de 2002.

51. Para o STF, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), por ter uma função social a cumprir, está sujeito a critérios diferenciados do mercado financeiro em geral, de modo que o índice oficial da inflação (IPCA) deve ser a referência mínima para a correção dos saldos dos depósitos realizados nas contas a ele vinculadas, a fim de garantir a manutenção do poder aquisitivo do trabalhador (arts. 5º, XXII e XXIII, e 170, III, CF/88). STF, Plenário. ADI 5.090/DF, Rel. Min. Red. do acórdão Min. Flávio Dino, julg. em **12.06.2024** (Inf. 1141).

52. A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal, não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município. **RE 594.015/DF** STF, Plenário., Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em **06.04.2017**. Conforme o STF: É inconstitucional – por ofender os princípios da isonomia (CF/1988, art. 5º, “caput”), da livre-iniciativa e da livre concorrência (CF/1988, art. 170, “caput” e IV) – norma de Constituição estadual que impede instituições financeiras privadas constituídas no País sob controle estrangeiro de prestarem serviços financeiros ao Estado. **ADI 3.565/MT**, Rel. Min. Roberto Barroso, julg. em **01.07.2023** (Inf. 1101)

53. Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003.

pleno emprego⁵⁴; i) do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Além disso, a Constituição explicita ser assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica⁵⁵, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Aqui é interessante salientar, que foi instituída pela Lei nº 13.874 em 20.09.2019, a ***Declaração de Direitos de Liberdade Econômica***.

Nesses termos, o novo diploma normativo estabeleceu normas de proteção à livre-iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do *caput* do art. 174 da CR/88.⁵⁶

O disposto na Lei nº 13.874/2019 será observado na aplicação e na interpretação do direito civil,

empresarial, econômico, urbanístico e do trabalho nas relações jurídicas que se encontrem no seu âmbito de aplicação e na ordenação pública, inclusive sobre exercício das profissões, comércio, juntas comerciais, registros públicos, trânsito, transporte e proteção ao meio ambiente.⁵⁷

Recentemente, o STF decidiu, não sem críticas, que a regulamentação do contrato intermitente, nos termos estabelecidos pela Reforma Trabalhista de 2017, encontra fundamento de validade nos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da Constituição Federal, os quais consagram a livre-iniciativa e o valor social do trabalho.⁵⁸

A flexibilização promovida pela Reforma Trabalhista, conforme o STF, visou à ampliação do mercado de trabalho, sem prejuízo das garantias mínimas asseguradas pela ordem constitucional trabalhista. Uma vez que a contratação intermitente observa critérios específicos para remuneração e direitos trabalhistas, respeitando a autonomia privada e os limites da intervenção estatal, não se mostraria configurada ofensa à dignidade do trabalhador ou aos princípios da isonomia e da proporcionalidade.⁵⁹

Sobre o tema dos *princípios da ordem econômica*, temos ainda interessante questão enfrentada pelo STF em 2021. Entendeu o STF, ser constitucional a chamada cota de tela, ou seja, a obrigatoriedade de que os cinemas brasileiros exibam filmes nacionais durante um número mínimo de dias por ano.

Nesses termos, no RE nº 627432, decidiu o STF que são constitucionais a cota de tela, consistente na obrigatoriedade de exibição de filmes nacionais nos cinemas brasileiros e as sanções administrativas decorrentes de sua inobservância.⁶⁰

Assim sendo, afirmou que a denominada “cota de tela” promove intervenção voltada a viabilizar a efetivação do direito à cultura, sem, por outro lado, atingir o núcleo dos direitos à livre-iniciativa, à livre

54. Em polêmica decisão, afirmou o STF que: *Os efeitos da Lei nº 14.434/2022 ficarão suspensos até que sejam avaliados os seus impactos sobre a situação financeira dos Estados e Municípios, os riscos para a empregabilidade e a qualidade dos serviços de saúde, tudo com base em informações a serem prestadas, no prazo de 60 dias, pelos entes estatais, órgãos públicos e entidades representativas da área de saúde.* STF. Plenário. **ADI 7222 MC-Ref/DF**, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julg. em **16.09.2022** (Inf. 1068).

55. **RE nº 565.048/RS** julg. em **29.05.2014**: “A exigência, pela Fazenda Pública, de prestação de fiança, garantia real ou fiduciária para a impressão de notas fiscais de contribuintes em débito com o Fisco viola as garantias do livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), da atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). Com base nessa orientação, o Plenário deu provimento a recurso extraordinário para restabelecer sentença, que deferira a segurança e assegurara o direito do contribuinte à impressão de talonários de notas fiscais independentemente da prestação de garantias. (...) O Colegiado consignou que o aludido dispositivo legal vincularia a continuidade da atividade econômica do contribuinte em mora ao oferecimento de garantias ou ao pagamento prévio do valor devido a título de tributo. (...) Aludiu que se trataria de providência restritiva de direito, complicadora ou mesmo impeditiva da atividade empresarial do contribuinte para forçá-lo ao adimplemento dos débitos. Sublinhou que esse tipo de medida, denominada pelo Direito Tributário, sanção política, desafiaria as liberdades fundamentais consagradas na Constituição (...) Rememorou precedente em que assentada a inconstitucionalidade de sanções políticas por afrontar o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas, bem como por ofensa ao devido processo legal substantivo em virtude da falta de proporcionalidade e razoabilidade dessas medidas gravosas que objetivariam substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários. Rel. Min. Marco Aurélio.

56. Conforme o STF: *É inconstitucional lei distrital que obriga as distribuidoras de combustíveis a instalar, às suas expensas, lacres eletrônicos nos tanques de armazenamento dos postos revendedores que exibem a sua marca, e dispensa dessa exigência os postos de “bandeira branca” (não vinculados e sem compromisso firmado com determinada distribuidora). Essa lei viola os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da razoabilidade. Impor a instalação de equipamento oneroso com aplicação de multa aos que descumprirem a norma e liberar concorrentes que competem no mesmo ramo de atividade e se sujeitam ao mesmo órgão regulador – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) – representa desequilíbrio na relação de concorrência e evidente desigualdade de tratamento.* **ADI 3.236/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julg. em **25.04.2023** (Inf. 1092)

57. Lei nº 13.874/2019: Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei: I – a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; II – a boa-fé do particular perante o poder público; III – a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e IV – o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado. Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

58. **ADI 5.826/DF**, **ADI 5.829/DF**, **ADI 6.154/DF**, STF. Plenário. Red. do acórdão Min. Nunes Marques, julgado em **16.12.2024** (Inf. 1163)

59. **ADI 5.826/DF**, **ADI 5.829/DF**, **ADI 6.154/DF**, STF. Plenário. Red. do acórdão Min. Nunes Marques, julgado em **16.12.2024** (Inf. 1163)

60. **RE 627432/RS**, STF. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **18.03.2021** (Repercussão Geral – Tema 704) (Inf. 1010).

concorrência e à propriedade privada, apenas adequando as liberdades econômicas à sua função social.

Portanto, as normas que garantem a cota de tela, não violam a Constituição Federal, em especial os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, previstos no *caput* e no inciso IV do art. 170 da CR/88.⁶¹

Segundo o STF, o mercado audiovisual é muito concentrado, ou seja, dominado por poucos e grandes grupos empresariais, que, por essa razão, determinam o que chega aos cinemas, dificultando a inserção de obras que não fazem parte do *mainstream*, ou seja, da corrente dominante. É uma espécie de oligopólio. O *caput* do art. 170 da CR/88, assegura a livre-iniciativa. O inciso IV garante a livre concorrência. No entanto, esses princípios devem ser lidos em conjunto com a “justiça social” e com a “função social da propriedade”, também mencionadas no mesmo dispositivo.

Além disso, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é a garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II da CR/88). As liberdades econômicas, portanto, devem ser resguardadas, mas sempre em leitura conjunta com os limites traçados pela própria Constituição Federal.

Conforme o STF, a chamada cota de tela tem um propósito social e econômico. Sob o aspecto social, ela se revela como uma das diversas medidas voltadas à ampliação da competitividade entre as indústrias do setor. Também possui uma importância do ponto de vista econômico, estratégico, uma vez que o domínio internacional na exibição de filmes implica constante drenagem de recursos para fora do país.

Além disso, a par da proteção à ordem econômica, o sistema de cota de tela representa um importante mecanismo de fomento à cultura nacional, com relevante papel na promoção da identidade cultural nacional. Nesses termos, a Constituição Federal, nos seus arts. 215, 216 e 261-A, revela a preocupação de se proteger a cultura nacional.⁶²

Também já decidiu o STF, que é constitucional – por não ofender o direito de propriedade e os princípios da ordem econômica e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos – lei federal que determina a reserva, por veículo, de duas vagas gratuitas e, após estas esgotarem, de duas vagas com tarifa reduzida em, no mínimo, 50%, para serem utilizadas por jovens de baixa renda no sistema de transporte coletivo interestadual de passageiros.⁶³

No caso, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (Abrati) ajuizou ADI para questionar o art. 32 da Lei nº 12.852/2013 (Estatuto da Juventude) que garante a jovens de baixa renda duas vagas gratuitas e duas com 50% de desconto em ônibus interestaduais.

Para o Pretório Excelso, a norma impugnada concretiza o direito ao transporte a um grupo vulnerável, economicamente e constitucionalmente tutelado, atribuindo ao poder regulamentar a definição dos procedimentos e critérios para o seu exercício. Nesse contexto, a gratuidade dos hipossuficientes ao transporte interestadual de passageiros assegura-lhes a liberdade de locomoção, mecanismo instrumental de concretização de acesso a outros direitos básicos, além das externalidades positivas de âmbito social, como a maior integração nacional e o desenvolvimento regional.⁶⁴

Nesses termos, de forma muito lúcida, entendeu o STF, que a Constituição Federal preceitua que a livre-iniciativa e a propriedade privada devem ser compatibilizadas com o objetivo de redução das desigualdades regionais e sociais, de forma a assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.⁶⁵

Com efeito, o Estado – desde que não acarrete ônus excessivos aos atores privados, em especial no caso de contratos administrativos – pode intervir na ordem econômica para assegurar o gozo de direitos fundamentais de pessoas em condição de fragilidade econômica e social, implementando políticas públicas que estabeleçam meios para a consecução da

61. **RE 627432/RS**, STF. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **18.03.2021** (Repercussão Geral – Tema 704) (Inf. 1010).

62. Para o STF, *é muito vasta a proteção à cultura nacional, pois, mais do que apenas resguardar as manifestações culturais nacionais, o constituinte verdadeiramente preocupou-se em promovê-las e difundi-las, tendo disposto que o Estado garantiria a todos o acesso às fontes da cultura nacional e que a lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. Tão ampla é a relevância da cultura nacional que seu quadro protetivo foi reforçado pela Emenda Constitucional 71/2012, por meio da qual se instituiu verdadeira política de valorização e difusão das manifestações culturais, as quais pretendeu universais, com reforço, inclusive, da atuação estatal, por meio do Sistema Nacional de Cultura, em um processo de gestão*

e promoção conjunta de políticas públicas de cultura, democráticas e permanentes, pactuadas entre os entes da Federação e a sociedade. **RE 627432/RS**, STF. Plenário. Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em **18.03.2021** (RG – Tema 704) (Inf. 1010).

63. **ADI 5657/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **16 e 17.11.2022** (Informativo 1076).

64. **ADI 5657/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **16 e 17.11.2022** (Informativo 1076).

65. **ADI 5657/DF**, STF. Plenário. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em **16 e 17.11.2022** (Informativo 1076).

igualdade de oportunidades e da humanização das relações sociais, e dando concretude aos valores da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

No caso, conforme o STF, a reserva das gratuidades e dos benefícios tarifários legalmente instituídos não implica ônus desproporcional às empresas prestadoras do serviço público de transporte coletivo interestadual de passageiros, tendo em vista que o conjunto normativo relativo à matéria contempla mecanismos de correção de eventual desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.⁶⁶

2.3.1. Função social da propriedade urbana/rural

O condicionamento do direito de propriedade ao atendimento social não é uma novidade do texto constitucional de 1988, já sendo previsto desde a Constituição de 1934.

Importante lembrar o antigo conceito de “propriedade” de matriz liberal como um direito incondicionado e absoluto, como elemento e expressão natural da vontade do indivíduo.⁶⁷

Hoje, a leitura perdeu a carga individualista – e até mesmo egoística – graças à inclusão da ideia de função social como parte integrante – para não dizer condição fundamental – do direito de propriedade.

Na tradição brasileira, desde o processo de colonização até o advento do Código Civil de 1916, a propriedade recebeu uma leitura clássica liberal. A propriedade fundiária representou a base econômica e, por isso, era sinônimo de riqueza e poder político. Por essa razão, sendo a propriedade uma emanção das potencialidades subjetivas do indivíduo, não cogitava sua utilização submissa aos ditames sociais.

Com o advento do paradigma do Estado Social, constata-se uma relativização dos direitos privados, que passam a se subordinar à noção de função social.

É a partir daí que cresce e vai ganhando forças as ideias de que o bem-estar coletivo não pode mais ser compreendido como uma responsabilidade exclusiva do Estado, cabendo a cada indivíduo sua parcela de comprometimento e responsabilidade.⁶⁸ Quebra-se, então, com a noção romanística de *dominium* (o direito a uma propriedade absoluta e ilimitada).

Os civilistas vão, portanto, afirmar a existência de uma “constitucionalização” (ou “publicização”) do Direito Civil, marcado principalmente pela “despatrimonialização” – isto é, a “repersonalização” por meio do resgate da dignidade da pessoa humana como elemento primordial de proteção em detrimento do patrimônio.⁶⁹

Falar em função social, portanto, não pode ser confundido, nem mesmo reduzido às diversas limitações negativas a que o direito de propriedade deve se submeter. Isso porque a função social está ligada à substância do direito de propriedade. Antes de tudo, registra-se que é uma alteração na mentalidade: o direito de propriedade perde o caráter absoluto e, com isso, sua razão de ser passa a estar ligada à utilização da propriedade em ditames de inspiração socialista.

É, portanto, elemento legitimador do próprio direito, sendo objeto intrínseco a este, e não algo externo. Por isso, é possível afirmar que propriedade é hoje um *poder-dever* que se volta tanto para o atendimento do interesse privado de seu titular (privado) quanto ao interesse coletivo (público), devendo o uso da propriedade buscar o correto equilíbrio entre ambos.

Nos termos do art. 182 da CR/88, temos que a *propriedade urbana* cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

No caso da *propriedade rural*, reza na Constituição de 1988, em seu art. 186, que a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV

66. ADI 5657/DF, STF, Plenário. Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16 e 17.11.2022 (Informativo 1076) No mesmo sentido: A concessão de isenção de pedágio para pessoas com deficiência não configura, por si só, violação ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, sendo compatível com a proteção dos direitos fundamentais dessas pessoas. A lei impugnada cumpre importante função social ao: Intervir na ordem econômica para dar maior efetividade aos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, em especial o direito de ir e vir. Estar em consonância com a tutela constitucional às pessoas com deficiência, prevista em diversos dispositivos da Constituição (arts. 7º, XXXI; 23, II; 24, XIV). Promover a acessibilidade, que é direito fundamental com previsão na Constituição Federal (arts. 227, § 2º; 244) e na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (incorporada ao ordenamento jurídico nacional com status de emenda constitucional). ADI 3.816/ES, STF, Plenário. Rel. Min. Nunes Marques, julg. em 31.03.2025 (Inf. 1171)

67. BERCOVICI, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 117.

68. BERCOVICI, Gilberto, *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*, p. 142.

69. Todavia, aqui se deve fazer menção ao alerta de Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*): a afirmação de uma “constitucionalização” do Direito Civil é na verdade equívoca, pois gera principalmente a absurda ideia de que só agora – e não outrora – o Direito Civil se submete à Constituição, contrariando a supremacia das normas constitucionais.

– exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.⁷⁰

2.3.2. Livre concorrência

Como segundo princípio fundamental da Ordem Econômica, a proteção à livre concorrência se mostra fundamental, principalmente, devido à sua ligação com o princípio da livre-iniciativa: enquanto este se liga a uma noção de liberdade política, o primeiro atua na possibilidade de os agentes econômicos poderem exercer sem embaraços jurídicos criados pelo Estado, dentro de determinado mercado, com fins à produção, à circulação e ao consumo de bens e serviços.⁷¹

Logo, mesmo que possam ser apontadas semelhanças entre ambos os princípios, como faz Miguel Reale, há que se destacar que não se confundem, sendo complementares. Aqui, a livre-iniciativa é posta como elemento de proteção da **liberdade individual** no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, ao passo que a livre concorrência adquire um caráter instrumental, como **princípio econômico** propriamente dito, deixando a fixação dos preços das mercadorias e dos serviços fora – em regra – do controle e de atos cogentes das Autoridades Administrativas, obedecendo-se assim à lógica da economia de mercado.⁷²

Mas tal liberdade de mercado não pode ser nunca interpretada como meramente **negativa**, significando apenas a não intervenção do Estado na esfera econômica. Ao contrário, esse mesmo princípio revela uma faceta **positiva**, exigindo, sim, do Estado a intervenção quando o abuso do poder econômico por parte de um agente ameace pôr em risco essa igualdade de liberdade, que é ofertada pela Constituição de 1988 a todos os partícipes da economia.⁷³

Há que se destacar que o Capitalismo contemporâneo tende para a utilização de práticas abusivas, notadamente monopolistas, por isso a ação estatal deve se dar como medida protetiva e, às vezes, até mesmo cautelar. Mas certo é que essa análise de

ofensa à livre concorrência, bem como a livre-iniciativa, deve ser realizada a partir dos casos concretos que são objeto de aferição jurídica. Nesses termos, em decisão prolatada na ADPF nº 46, o STF decidiu que o serviço postal desenvolvido pela Empresa Pública de Correios e Telégrafos, que detém o privilégio de entrega de correspondências, não viola a livre concorrência e a livre-iniciativa.⁷⁴

Como recente exemplo, sobre a livre-iniciativa e livre concorrência (já citado na obra) nos moldes do art. 170 da CR/88, temos julgados do STF em que o Pretório Excelso decidiu que a *proibição ou restrição por lei municipal da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência*.⁷⁵

Nas decisões, afirmou o STF, que a liberdade de iniciativa, garantida pelos arts. 1º, IV, e 170 da

74. Nesses termos, a Ementa da decisão da **ADPF nº 46: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de entrega de correspondências. Serviço postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de junho de 1978. Ato normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao serviço postal. Previsão de sanções nas hipóteses de violação do privilégio postal. Compatibilidade com o sistema constitucional vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos princípios da livre concorrência e livre-iniciativa. Não caracterização. Arguição julgada improcedente. Interpretação conforme à constituição conferida ao artigo 42 da Lei nº 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. 1. O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual o corrente vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso XI]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-Lei nº 509, de 10 de março de 1.969.5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (Rel. Min. Eros Grau. Julg. em **05.08.2009**. DJ 26.02.2010).**

75. **ADPF 449/DF**, Rel. Min. Luiz Fux; **RE 1054110/SP**, STF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, julg em **8 e 09.05.2019** (repercussão geral). O STF julgou inconstitucional a Lei nº 10.553/2016, do Município de Fortaleza, que vedou a utilização de carros cadastrados ou não em aplicativos (ADPF 449/DF). Além disso, o STF considerou inconstitucional a Lei nº 16.279/2015, do Município de São Paulo, que igualmente proibia o uso de veículos cadastrados em aplicativos (RE 1054110/SP).

70. Conforme o STF: *É constitucional a ratificação de registros imobiliários prevista na Lei nº 13.178/2015, desde que observados os requisitos e condições exigidos pela própria norma e os previstos pela Constituição Federal de 1988 concernentes à política agrícola, ao plano nacional de reforma agrária e à proteção dos bens imóveis que atendam a sua função social*. STF. Plenário. **ADI 5623/DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em **25.11.2022** (Inf. 1077).

71. MENDES, Gilmar Ferreira et al, *Curso de direito constitucional*, p. 1.292.

72. MENDES, Gilmar Ferreira et al, *Curso de direito constitucional*, p. 1.292.

73. SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 795.

CR/88, consubstancia cláusula de proteção destacada, no ordenamento pátrio, como fundamento da República. Por essa razão, é possível o controle judicial de atos normativos que afrontem as liberdades econômicas básicas. Segundo o constitucionalismo moderno, é necessário que haja uma restrição da interferência do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado. O “*rule of law*” deve se sobrepor a iniciativas estatais autoritárias que sejam destinadas a concentrar privilégios, a impor monopólios ou a estabelecer salários, preços e padrões arbitrários de qualidade. Tais iniciativas são arbitrárias e restringem a competição, a inovação, o progresso e a distribuição de riquezas.⁷⁶

Nesse sentido, o processo político por meio do qual as regulações são editadas é frequentemente capturado por grupos de poder interessados em obter proveitos superiores aos que seriam possíveis em um ambiente de livre competição. Um recurso político comumente utilizado por esses grupos é o poder estatal de controle de entrada de novos competidores em um dado mercado, a fim de concentrar benefícios em prol de poucos e dispensar prejuízos por toda sociedade. Assim, o exercício de atividades econômicas e profissionais por particulares deve ser protegido da coerção arbitrária por parte do Estado.⁷⁷

Afirmou ainda o STF, que a proibição dos aplicativos de transporte afronta ainda o ***princípio da busca pelo pleno emprego***, que está consagrado como princípio setorial no art. 170, VIII, da CR/88. Isso porque essa proibição impede a abertura do mercado a novos entrantes eventualmente interessados em migrar para a atividade.⁷⁸

Na decisão, presente no informativo 937 do STF, o ministro Roberto Barroso asseverou que vivemos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias e velhos modos de produção por novas formas de produção, num processo chamado de inovação disruptiva, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado. Nesse cenário, é muito fácil perceber o tipo de conflito entre os detentores dessas novas tecnologias disruptivas e os agentes tradicionais do mercado: players já

estabelecidos em seus mercados, por vezes monopolistas, são ameaçados por atores que se aproveitam das lacunas de regulamentação de novas atividades para a obtenção de vantagens competitivas, sejam elas regulatórias ou tributárias. A melhor forma de o Estado lidar com essas inovações e, eventualmente, com a destruição criativa da velha ordem, não é impedir o progresso, mas sim tentar produzir as vias conciliatórias possíveis.

O Ministro Roberto Barroso destacou ainda em seu voto, os três fundamentos pelos quais considerou inconstitucionais as leis municipais (dos municípios de Fortaleza e de São Paulo) impugnadas.

Em primeiro lugar, a Constituição estabelece, como ***princípio, a livre-iniciativa***. A lei não pode arbitrariamente retirar determinada atividade econômica da liberdade de empreender das pessoas, salvo se fundamento constitucional autorizar a restrição imposta. A edição de leis ou atos normativos proibitivos, pautada na exclusividade do modelo de exploração por táxis, não se amolda ao regime constitucional da livre-iniciativa. Em segundo lugar, a ***livre-iniciativa significa livre concorrência***. A opção pela economia de mercado baseia-se na crença de que a competição entre os agentes econômicos e a liberdade de escolha dos consumidores produzirão os melhores resultados sociais. Por fim, ***é legítima a intervenção do Estado***, mesmo em um regime de livre-iniciativa, para ***coibir falhas de mercado e para proteger o consumidor***. Entretanto, são ***inconstitucionais a edição de regulamentos e o exercício de fiscalização que, na prática, inviabilizem determinada atividade***. A competência autorizada por lei para os municípios regulamentarem e fiscalizarem essa atividade não pode ser uma competência para, de maneira sub-reptícia ou implícita, interditar, na prática, a prestação desse serviço.⁷⁹

2.3.3. Defesa do consumidor

O direito do consumidor, como mecanismo de defesa da parte hipossuficiente na relação contratual de consumo, tem seu surgimento normativo na passagem do Estado Liberal para o Estado Social, quando a ordem jurídica passou a reconhecer a necessidade de uma normatização e um tratamento específico aos dois sujeitos da chamada relação de consumo – o consumidor e o fornecedor.⁸⁰

76. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, STF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, julg em 8 e 09.05.2019.

77. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, STF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, julg em 8 e 09.05.2019.

78. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, STF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, julg em 8 e 09.05.2019.

79. ADPF 449/DF, Rel. Min. Luiz Fux; RE 1054110/SP, STF. Plenário. Rel. Min. Roberto Barroso, julg em 8 e 09.05.2019.

80. Por isso, já nos EUA, em 1914, criou-se a *Federal Trade Commission*, que tinha o objetivo de aplicar a lei antitruste e proteger os interesses do consumidor. Mas foi a partir das iniciativas do presidente americano John

Destaca-se que, em 1985, as Nações Unidas, por meio da Resolução nº 39/248, estabelecem objetivos e normas para que os governos membros desenvolvessem ou reforçassem políticas firmes de proteção ao consumidor. Esta foi, claramente, a primeira vez que, em âmbito mundial, houve o reconhecimento e a aceitação dos direitos básicos do consumidor. O Anexo 3 da Resolução mostra quais são os princípios gerais que serão tomados como padrões mínimos pelos governos: (a) proteger o consumidor quanto a prejuízos à sua saúde e segurança; (b) fomentar e proteger os interesses econômicos dos consumidores; (c) fornecer aos consumidores informações adequadas para capacitá-los a fazer escolhas acertadas, de acordo com as necessidades e desejos individuais; (d) educar o consumidor; (e) criar possibilidade de real ressarcimento ao consumidor; (f) garantir a liberdade para formar grupos de consumidores e outros grupos e organizações de relevância e oportunidade para que essas organizações possam apresentar seus enfoques nos processos decisórios a elas referentes.⁸¹

No Brasil, a Constituição de 1988 fez expressa previsão quanto à criação de um Código de Defesa do Consumidor (CDC) – art. 5º, XXXII –, além de fixar em mais três preceitos normativos a importância de tal proteção (arts. 24, VIII; 150, § 5º; 170, V; e no art. 48 do ADCT). Essa legislação especial foi elaborada, sistematizada e publicada na forma da Lei nº 8.078/90.

2.4. A política urbana

A política de desenvolvimento urbano, segundo o art. 182 da Constituição de 1988, deve ficar a cargo do Município, a partir de diretrizes comuns fixadas, por sua vez, pelo Legislativo Federal (como exemplo citamos a recente Lei nº 13.311 de 11.07.2016 que institui normas gerais para a ocupação e utilização de área pública urbana por equipamentos urbanos do

tipo quiosque, trailer, feira e banca de venda de jornais e de revistas).

Aqui, o **plano diretor** se revela como o instrumento para a execução da política de desenvolvimento urbano, que deverá ser aprovado pela Câmara Municipal nas cidades com mais de 20 mil habitantes. Nele, estão previstas normas sobre zoneamento, edificações, sistema viário, áreas verdes etc. (art. 182, § 1º).

Aqui é interessante salientar que, nos termos do RE 607.940, nem sempre que o Município (ou o Distrito Federal) for legislar sobre matéria urbanística, ele precisará fazê-lo por meio do Plano Diretor. Nesse sentido, o Plano Diretor é o instrumento legal que dita a atuação do Município ou do Distrito Federal quanto ao ordenamento urbano, traçando suas linhas gerais, porém a sua execução pode se dar mediante a expedição de outras leis e decretos, desde que guardem conformidade com o Plano Diretor.⁸²

Importante, então, lembrar que toda a política urbana se vincula à observância da função social da propriedade urbana. Portanto, nos termos do art. 182, § 2º da CR/88, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Temos também que as desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

Fitzgerald Kennedy, na década de 60, que houve a consolidação do Direito do Consumidor nos Estados Unidos. Dirigindo-se por meio de uma mensagem especial ao Congresso Americano, em 1962, Kennedy identificou os pontos mais importantes em torno da questão: os bens e serviços colocados no mercado devem ser saudáveis e seguros para os usos, promovidos e apresentados de uma maneira que permita ao consumidor fazer uma escolha satisfatória; a voz do consumidor deve ser ouvida no processo de tomada de decisão governamental que detenha o tipo, a qualidade e o preço de bens e serviços colocados no mercado; o consumidor deve ter o direito de ser informado sobre as condições dos produtos e dos serviços; o consumidor deve ter direito a preços justos. Para mais detalhes, ver: QUINAUD PEDRON, Flávio; CAFFARATE, Viviane Machado, *Da evolução históricos do direito do consumidor*.

81. SOUZA, Miriam de Almeida, *A política legislativa do consumidor no direito comparado*, p. 57.

82. RE 607.940 julg. em 29.10.2015: “1. A Constituição Federal atribuiu aos Municípios com mais de vinte mil habitantes a obrigação de aprovar Plano Diretor, como “instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana” (art. 182, § 1º). Além disso, atribuiu a todos os Municípios competência para editar normas destinadas a “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do solo, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” (art. 30, VIII) e a fixar diretrizes gerais com o objetivo de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar dos habitantes” (art. 182, caput). Portanto, nem toda a competência normativa municipal (ou distrital) sobre ocupação dos espaços urbanos se esgota na aprovação de Plano Diretor. 2. É legítima, sob o aspecto formal e material, a Lei Complementar Distrital 710/2005, que dispôs sobre uma forma diferenciada de ocupação e parcelamento do solo urbano em loteamentos fechados, tratando da disciplina interna desses espaços e dos requisitos urbanísticos mínimos a serem neles observados. A edição de leis dessa espécie, que visa, entre outras finalidades, inibir a consolidação de situações irregulares de ocupação do solo, está inserida na competência normativa conferida pela Constituição Federal aos Municípios e ao Distrito Federal, e nada impede que a matéria seja disciplinada em ato normativo separado do que disciplina o Plano Diretor. 3. Aprovada, por deliberação majoritária do Plenário, tese com repercussão geral no sentido de que “Os municípios com mais de vinte mil habitantes e o Distrito Federal podem legislar sobre programas e projetos específicos de ordenamento do espaço urbano por meio de leis que sejam compatíveis com as diretrizes fixadas no plano diretor”. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.” Rel. Min. Teori Zavascki.