

ROSÂNGELA DO SOCORRO ALVES

**PRODUÇÃO DE MERCADO: OS CONTORNOS DA ATUAÇÃO
EMPRESARIAL DOS AGENTES ECONÔMICOS PÚBLICO E
PRIVADO E AS PRIVATIZAÇÕES**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de Mestre ao
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor
de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade
Federal do Paraná.**

Orientadora:

Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2004

TERMO DE APROVAÇÃO

ROSÂNGELA DO SOCORRO ALVES

PRODUÇÃO DE MERCADO: OS CONTORNOS DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL
DOS AGENTES ECONÔMICOS PÚBLICO E PRIVADO E AS PRIVATIZAÇÕES

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Marcia Carla Pereira Ribeiro
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, de de 2004

Para Marco Antonio

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação de mestrado não resulta apenas do esforço pessoal de seu autor, mas também da indispensável participação de pessoas que, direta ou indiretamente, auxiliam na sua construção. Por isso quero registrar aqui os meus sinceros agradecimentos.

Aos professores Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Eduardo Oliveira Leite, Katya Kozick, Katie Silene Cáceres Argüello, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Ricardo Marcelo Fonseca, cujas lições proferidas nas aulas do curso de mestrado me levaram a formular, reformular e sedimentar muitas das reflexões trazidas neste trabalho.

À professora Ruth Dweck, do Departamento de Economia da Universidade Federal Fluminense, que gentilmente contribuiu com material bibliográfico.

Ao professor Celso Luiz Ludwig, pela sua admirável solicitude e pelas suas valiosas observações.

Às prestativas Laura, Jussara, Sandra e Fátima, funcionárias da UFPR, pelo indispensável suporte administrativo.

Às amigas Cleide Kazmierski e Dulce Esther Kairalla, pelo constante apoio e encorajamento.

À minha mãe Maria e meus irmãos Rosemeire e Edmar, sempre *presentes*, apesar da distância.

À minha orientadora, professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, pela amizade, pela orientação firme e, principalmente, por me fazer acreditar, também neste trabalho, que é sempre possível dar mais um passo adiante.

A única viagem verdadeira, a única fonte da eterna juventude, seria não partir em demanda de novas paisagens, mas ter outros olhos, ver o universo com os olhos de outra pessoa, de cem pessoas, ver os cem universos que cada uma delas vê...

(Marcel Proust, *A prisioneira*)

SUMÁRIO

RESUMO	viii
ABSTRACT	ix
INTRODUÇÃO	1
1 ASPECTOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA	8
1.1 O PÚBLICO, O PRIVADO E O ECONÔMICO – A PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT	8
1.2 AS INICIATIVAS PÚBLICA E PRIVADA NO CAPITALISMO	18
1.3 SERVIÇO PÚBLICO E PRODUÇÃO DE MERCADO	32
2 O AGENTE ECONÔMICO PRIVADO	46
2.1 A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	46
2.1.1 O Empresário	50
2.1.2 O Estabelecimento	57
2.1.3 A Atividade Empresarial	62
2.2 A FUNÇÃO SOCIAL	64
2.3 O LUCRO	79
3 O AGENTE ECONÔMICO PÚBLICO	87
3.1 AS CONDICIONANTES CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO	87
3.2 AS EMPRESAS ESTATAIS	95
3.2.1 As Sociedades de Economia Mista	99
3.2.2 As Empresas Públicas	102
3.2.3 As Subsidiárias e Outras Empresas Controladas pelo Poder Público	104
3.3 O REGIME JURÍDICO PRIVADO	109
4 PRIVATIZAÇÃO	123
4.1 O ANTECEDENTE: A ESTATIZAÇÃO EMPRESARIAL À <i>BRASILEIRA</i>	123
4.2 O CONTEXTO: A <i>ONDA PRIVATISTA</i>	131
4.3 A NOÇÃO JURÍDICA	142

4.4	A FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA.....	145
4.5	O PÓS-PRIVATIZAÇÃO: O INTERESSE PÚBLICO NAS EMPRESAS PRIVATIZADAS – ALGUMAS HIPÓTESES DE REGULAÇÃO ESTATAL.....	149
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	159
	REFERÊNCIAS	169

RESUMO

No capitalismo, a exploração das atividades econômicas é deferida, prioritariamente, à empresa privada, admitindo-se, contudo, a hipótese do Estado atuar como empresário, desde que o faça a bem do sistema capitalista. As condições que permitem ao ente estatal adentrar a seara econômica (intervenção direta) ou retirar-se dela (privatização) costumam suscitar intensos debates, devido não só à diversidade das posturas ideológicas dos analistas, mas também às diversas perspectivas sob as quais a problemática pode ser analisada. Portanto, qualquer discussão acerca dos limites de ação da empresa estatal e da empresa privada deve considerar as características desses agentes econômicos, o campo da economia em que se desenvolve a sua atuação e, principalmente, os propósitos que os levam a agir nesse domínio. Apoiado nessas balizas, o presente trabalho centra-se no exame da atividade empresarial, pública e privada, em uma específica modalidade de atividade econômica - a produção de mercado. Demonstra-se que, nesse campo, as empresas estatal e privada estruturam-se de forma semelhante e até sujeitam-se ao mesmo regime jurídico, possuindo, porém, distinta racionalidade. Evidencia-se ainda que essas semelhanças e diferenças devem ser sopesadas não só quando o Estado dispõe-se a atuar como agente econômico, mas também quando este decide abandonar essa condição.

Palavras-chave: Capitalismo; empresa privada; empresa estatal; atividade econômica; produção de mercado; intervenção econômica; privatização.

ABSTRACT

In the capitalist system economic activities are primarily granted to private companies, although the State can act as a company since it does it in behalf of the capitalist system. The conditions permitting the State to take part in the economic area (direct intervention) or quit it (privatization) is an issue that usually brings about intense discussions due to the different ideological positions of analysts and to the fact that the problem can be analyzed from several points of view. Therefore, any discussion on the limits to the state or private company actions should take into consideration the characteristics of those economic agents, the economic area where they develop their activities and, mainly, their reasons for developing them. Based on these parameters the present work focuses the public and private company activities concerning a specific economic activity modality – market production. We show that the private and state companies in this field have similar structures and law regime, but a different reasoning. We also emphasize that such similarities and differences should be assessed carefully not only when the State is willing to act as an economic agent, but also when it decides to quit such condition.

Key Words: Capitalism; private company; state company; economic activity; market production; economic intervention; privatization.

INTRODUÇÃO

Certa feita, Paul Starr¹ afirmou que "no mundo ideológico em que habitamos" o "público" e o "privado" são usados "não só para descrever, mas também para celebrar e condenar".²

Exatamente em razão disso, tratar de questões que se situam nessa faixa de fronteira (entre o público e o privado) constitui sempre um desafio custoso e arriscado. Este é o caso do tema proposto, o qual, apresentado em apertada síntese, busca focar as vicissitudes da atividade empresarial, pública e privada, numa análise finalisticamente voltada ao contexto das privatizações.

É notória a polêmica que o assunto suscita, já a partir de sua simples enunciação. As disputas ideológicas são inevitáveis e não é raro que o leitor entregue-se ao exame do trabalho posicionando-se, desde logo, *contra* ou *a favor* de um certo *conteúdo* que o próprio título permite entrever. Aí está a primeira dificuldade a ser vencida, notadamente quando o que se pretende realizar é, em última instância, uma abordagem jurídica da matéria, mediante a interpretação das normas, constitucionais e infraconstitucionais, que a regulam no ordenamento pátrio.

Por óbvio, ao atribuir sentido à norma, o intérprete não o faz despedido de valores e sentimentos que lhe foram legados pela realidade – pela sua própria realidade. Como afirma Luís Roberto Barroso, "não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um intérprete sem memória e sem desejos. Em sentido pleno não há neutralidade possível".³

¹Professor de Sociologia da Princeton University - USA.

²"*In the ideological world we inhabit, contesting interests and parties use 'public' and 'private' not only to describe but also to celebrate and condemn*" (STARR, Paul. The meaning of privatization. In: KAMERMAN, Sheila B.; KAHN, Alfred J. (Org.). **Privatization and the Welfare State**. New Jersey: Princeton University Press, 1989. p.16). A exemplo das demais citações extraídas de obras estrangeiras e inseridas no corpo deste trabalho, a versão em português dessa passagem é fruto da tradução livre da autora.

³BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p.258.

Todavia, a interpretação da norma, mormente da norma constitucional, não pode se afastar das mensagens ideológicas por ela veiculadas, devendo-se reconhecer que uma das principais dificuldades do processo interpretativo situa-se na freqüente contradição que se estabelece entre a postura ideológica do intérprete e a ideologia cristalizada na norma a ser interpretada.⁴

Bem por isso, cabe advertir que as proposições vertidas neste trabalho não intentam ser ideologicamente neutras, mas procuram, ao reverso, assentar-se em uma orientação específica, qual seja, *a ideologia constitucionalmente adotada*, aquela que se determina e se define "no bojo do discurso constitucional".⁵

Aliás, a fixação desse norte interpretativo tende, de certa forma, a acomodar a inquietação que está na base desta pesquisa. A partir dos anos 90 o Brasil mergulhou na chamada *onda privatista*, revertendo uma inclinação estatizante que, iniciada na terceira década do século passado, caracterizava-se pela constante utilização de empresas estatais como agentes do desenvolvimento econômico.

Inaugurou-se então o programa brasileiro de privatização, que dividiu, e ainda divide, opiniões, colocando em lados opostos duas classes de críticos – os privatistas e os estatistas. Tradicionalmente, os primeiros são conhecidos por celebrar as virtudes da empresa privada e irrogar ao Estado a pecha de mau empresário. Os últimos, por seu turno, identificam-se pela insurgência contra o

⁴De conformidade com Eros Roberto Grau, reconhecer que a interpretação normativa não pode se desvincular da ideologia do intérprete (sua cultura jurídica e crenças filosóficas, religiosas, políticas, etc.) não quer significar que "qualquer norma constitucional, como qualquer norma jurídica, admite qualquer interpretação. Por certo que não. É certo também, no entanto, que todas essas circunstâncias prosperam no sentido de colocar o intérprete em posição preconceituosa (de pré-conceito ideológico, seu) perante a norma a interpretar, esta também veiculante de mensagem ideológica. Pois é certo, ainda, que no nível normativo se opera a cristalização de mensagens ideológicas: a norma jurídica é sempre expressiva de uma ideologia, ao menos em sentido fraco. *Ideologia em sentido fraco* como conjunto de idéias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos, à qual se opõe a *ideologia em sentido forte*, esta concebida como discurso que oculta o sentido das relações estruturais entre sujeitos, com a finalidade de reproduzir os mecanismos das hegemonias sociais" (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p.182).

⁵GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.203.

desmantelamento da máquina estatal e contra a alienação das empresas estatais, principalmente as lucrativas.

Na verdade, a retórica, em um e outro sentido, costuma ser pródiga em argumentos ideológicos e apelos econômicos imediatistas. Poucas vezes, no entanto, as razões jurídicas predominam nesse debate; poucas vezes a disciplina constitucional da matéria tem lugar nessa discussão.

Por conseguinte, é oportuno o enfrentamento dessa problemática à luz do direito, afigurando-se necessário, para tanto, ordenar a tarefa mediante a determinação de algumas premissas básicas. A primeira delas corresponde ao campo da atividade econômica em que se opera a privatização.

O Estado pode se utilizar das empresas estatais tanto para prestar serviços públicos quanto para produzir bens e serviços para o mercado. Em cada uma dessas hipóteses, os fundamentos da atuação empresarial do Poder Público são distintos e, por isso, não se pode tratar indistintamente a privatização em ambos os casos.

Assim, convém anotar que a pesquisa levada a efeito nas páginas seguintes centra-se em uma específica modalidade de atividade econômica – a produção de mercado. O termo *produção* é empregado em sentido lato, referindo-se a "fazer, laborar. A produção é sempre fruto de um trabalho. A produção humana é sempre um trabalho social de reprodução da vida em sociedade em todas as suas manifestações: cultural, religiosa, artística, esportiva, etc...".⁶ Por seu turno, *mercado* aqui designa o espaço dotado de estruturas econômicas, sociais e jurídicas permanentes, no qual se desenvolvem relações de troca entre produtores e consumidores.⁷ Nessa ordem, deve-se considerar que "nem toda produção é

⁶DERANI, Cristiane. **Privatização e serviços públicos**: as ações do estado na produção econômica. São Paulo: Max Limonad, 2002. p.179.

⁷Segundo Maria Rosaria Ferrarese, este é o sentido de mercado como instituição. Assevera a autora que o termo mercado é polissêmico, sendo comum o seu emprego para designar "coisas" nem sempre coincidentes. Na sua ótica, além de instituição, pelo menos três outros significados podem lhe ser atribuídos: a) mercado como lugar, tanto físico quanto ideal – reflete o âmbito das contratações e das trocas entre agentes econômicos; b) mercado como ideologia – tomado então como expressão da liberdade do homem que se concretiza na possibilidade de escolha; c) mercado como paradigma de uma ação social que tem no indivíduo a sua medida (FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**: il caso degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992. p.17-60).

econômica e nem toda produção econômica é produção de mercado. Quando se estabelece a relação produção-concorrência, só se pode abordar uma específica produção da sociedade: a produção econômica de mercado".⁸

Outra premissa fundamental para a compreensão do tema diz respeito ao perfil dos agentes envolvidos na privatização, pois privatizar não importa apenas o afastamento do Estado da exploração de uma atividade econômica, mas também a assunção dessa atividade por uma empresa privada. Por outras palavras, é preciso definir previamente as características de *quem entra* e de *quem sai* do cenário econômico, mostrando-se de capital relevância, nesse sentido, o exame dos elementos e limites que identificam e distinguem a atuação da empresa privada, bem como da empresa estatal na esfera da produção de mercado.

Com esse mister foi desenvolvida a presente proposta, que se divide em quatro capítulos. No primeiro, intitulado "Aspectos Gerais da Atividade Econômica", são lançadas as bases das reflexões que permearão todo o trabalho, principiando pela evolução dos conceitos de público e privado. Neste ponto, considerando os inúmeros caminhos que poderiam ser percorridos, optou-se por abordá-lo sob a perspectiva de Hannah Arendt. Esta opção, todavia, não se deu de forma aleatória. Reconhecida como uma das mais importantes filósofas políticas do século XX, Arendt parte da análise das atividades que compõem a *vita activa* para resgatar as noções originais do público e do privado e traçar o seu desenvolvimento histórico⁹, pontificando que o deslocamento do elemento econômico da segunda esfera (privada) para a primeira (pública) reduziu substancialmente a distância entre ambas. E é exatamente essa ênfase no econômico que constitui o diferencial da

⁸DERANI, op. cit., p.180.

⁹Aqui vale uma advertência: embora Hannah Arendt elabore o seu pensamento apoiando-se em momentos específicos da história, o desenvolvimento de sua teoria não prima pelo rigor cronológico, pois "trata-se de uma obra de filosofia política que toma acontecimentos históricos como suporte, e não de historiografia propriamente dita" (CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. **O declínio da esfera pública no pensamento de Hannah Arendt**. Brasília, 2003, 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília. p.34).

teoria arendtiana, pois é sob esse viés que a autora descortina uma das principais problemáticas da atualidade – a relação entre política e economia.

Essa relação, a propósito, assume relevantes contornos num específico modo de produção, o capitalismo, o que conduz ao exame da função e, principalmente, da interação das iniciativas pública (estatal) e privada em tal sistema econômico.

Assim, partindo do pressuposto de que a intervenção estatal é essencial à manutenção desse regime, a atenção passa a ser centrada nas seguintes indagações: que razões levam o Estado a agir em favor do capitalismo? Em que medida os interesses privados do mercado condicionam os interesses públicos perseguidos pelo Estado e vice-versa?

Nesse encadeamento de idéias, introduz-se a discussão em torno da noção de serviço público, uma atividade econômica que, no sistema capitalista, constitui a principal ocupação da iniciativa pública e cuja concepção clássica atrela-se à suposição de que a iniciativa privada e o mercado não são aptos a assegurar o atendimento satisfatório das necessidades coletivas, seja “porque não garantem sequer a existência dos serviços”, seja porque não possibilitam o acesso isonômico a todos os que deles necessitam.¹⁰

Mas, se é fácil divisar a esfera própria de ação do Estado no capitalismo, difícil mesmo é identificar as atividades que nela se inserem, conforme, aliás, busca-se evidenciar na parte final do primeiro capítulo.

Por óbvio, no restrito espaço dedicado a essa temática, não se ousa esgotar o seu conteúdo, limitando-se o estudo apenas a pinçar os principais aspectos que denotam a sua riqueza e complexidade, até porque, dado que o presente trabalho tem em mira a atuação da empresa privada e do Estado empresário na órbita da produção de mercado, a alusão ao serviço público não tem outro objetivo que não o de pontuar os elementos distintivos entre essas

¹⁰MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.228, abr./jun. 2003.

modalidades de atividade econômica, de modo a delimitar o exato campo da investigação a ser empreendido nos capítulos seguintes.

O segundo e terceiro capítulos ocupam-se das nuances da atuação empresarial dos agentes econômicos privado e público na esfera de produção de bens e serviços para o mercado, evidenciando, através do destaque de suas peculiaridades, os traços comuns e distintivos de cada qual.

Nesta etapa, o estudo passa a focar a empresa privada e a empresa estatal sob os pontos de vista de sua estrutura e função. Para a análise da empresa privada, toma-se como ponto de partida a noção de empresa encartada no novo Código Civil, com especial atenção aos perfis subjetivo, objetivo e funcional que a compõem. Como este trabalho não visa explorar todas as inovações introduzidas pela recém-promulgada legislação codificada, mas simplesmente explicitar, em linhas gerais, quem é esse ente privado e qual a racionalidade que o guia, a abordagem de sua estrutura não engloba as formas jurídicas específicas que este pode assumir, ou seja, não alcança as sociedades em espécie.

Além das características que, legalmente, definem o agente econômico privado, a pesquisa abrange também o seu emprego como instrumento de realização de "valores que transcendem seu titular".¹¹ Trata-se da *função social* da empresa, que aqui é focalizada em contraste com a noção, hoje bastante difundida, de *responsabilidade social*. O capítulo 2 se encerra com o exame do lucro na esfera empresarial privada – seu papel e seus limites.

O capítulo 3 abrange o tratamento do agente econômico público, sendo nele analisadas, em primeiro lugar, as condições constitucionais que ensejam a atuação do Estado como empresário. Em seguida, são definidas as estruturas empresariais postas à disposição do Poder Público para explorar atividades econômicas de mercado, concluindo-se a discussão com o realce dos aspectos

¹¹JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.224, p.130, abr./jun. 2001.

referentes ao regime de direito que deve ser observado pelo Estado quando atua diretamente nessa seara da economia.

Finalizando, o quarto capítulo põe em relevo a privatização. Com base nas asserções exaradas nos capítulos antecedentes, o trabalho dirige-se ao exame das condições políticas, econômicas e jurídicas que explicam e justificam a substituição da empresa estatal pela empresa privada na exploração de atividades de mercado, passando então a mirar o *reverso da medalha* no que tange à atuação do Estado empresário. Para contextualizar o debate nesse plano, trilha-se, rapidamente, o percurso evolutivo do intervencionismo estatal, registrando-se as circunstâncias que contribuíram para a guinada do modelo empresarial ao regulador e fomentador da atividade econômica.

No momento seguinte, a pesquisa encaminha-se para a definição de privatização, um termo que, como se verá, apresenta diferentes significações, conforme seja empregado em seu sentido amplo ou restrito. Perscruta, ainda, os fundamentos normativos que autorizam o Estado a transferir o controle de suas empresas ao domínio privado, fazendo-o sob as óticas constitucional e infraconstitucional.

Em remate, o trabalho discute o interesse público no âmbito da empresa privatizada, bem como as alternativas disponibilizadas ao Estado para assegurar a sua persecução pelos particulares que assumem o controle da ex-empresa estatal. A seção 4.5, na qual desenvolve-se essa reflexão, colhe suporte nos fundamentos enunciados nos capítulos e seções precedentes e, por isso, o seu conteúdo traduz, em boa medida, uma síntese conclusiva das considerações anteriores, referidas, agora, à análise do pós-privatização.

1 ASPECTOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA

1.1 O PÚBLICO, O PRIVADO E O ECONÔMICO – A PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT

A atividade econômica, concebida como ocupação humana voltada à produção de bens e serviços e ao atendimento das necessidades básicas do homem, encerra interesses que extrapolam o próprio núcleo de produção e os agentes nele diretamente envolvidos, alcançando, por isso mesmo, relevante espaço na agenda política contemporânea.

Todavia, essa conotação política do "econômico" é um fenômeno relativamente novo, pois, conforme assinala Hannah Arendt, até o advento da era moderna¹² "todas as atividades a serviço da subsistência do indivíduo e da sobrevivência da espécie"¹³ inseriam-se no espaço estritamente privado da família.¹⁴

Em *A Condição Humana*, a autora evidencia que somente na antigüidade as esferas pública e privada apresentavam uma delimitação precisa, pontificando que as linhas demarcatórias entre uma e outra foram se tornando cada vez mais sutis ao longo do tempo. Nessa obra, Arendt busca determinar "o que é específico e

¹²Segundo Eduardo Jardim de Moraes, Hannah Arendt "traça um retrato da era moderna, que se inicia nos séculos XVI e XVII" (MORAES, Eduardo Jardim de. Hannah Arendt: filosofia e política. In: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). **Hannah Arendt**: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001. p.40).

¹³ARENDR, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.82.

¹⁴De acordo com J. Petrelli Gastaldi, "etimologicamente, a palavra economia significava norma de administração da casa. *Oikos*, para os antigos gregos, era a denominação que se dava à casa, compreendidos nesta todo o seu conteúdo e acessórios – a mulher, os filhos, os escravos, os animais, os pertences, etc. –; e *nemo*, de *nemein*, do verbo dirigir ou manejar, como sinônimo de administrar. Daí surgiu a expressão *oikonomos*, ou administrador da casa (como o vocábulo **econômico**, presente em nosso idioma), e **economia** (*oikonomia*)" (GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.11). Sobre essa noção de economia ver também: SOUZA, Nali de Jesus de (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.15.

o que é genérico na condição humana", destacando três experiências básicas que compõem a *vita activa* – o labor, o trabalho e a ação.¹⁵

O labor relaciona-se às atividades voltadas essencialmente à satisfação das necessidades biológicas do homem. Na antigüidade, constituía atividade de mera subsistência, exercida no núcleo familiar, sob o domínio do *pater familias*, que impunha sua autoridade, retirando de todos os demais (filhos, mulher, escravos) a liberdade¹⁶, mediante, inclusive, o uso de violência¹⁷.

Trata-se de atividade ininterrupta de produção de bens perecíveis que demandava o emprego de "instrumentos que se confundiam com o próprio corpo: os braços, as mãos ou suas extensões, a faca, o cutelo, o arado".¹⁸

Neste aspecto da *vita activa*, o homem era qualificado como *animal laborans* e o seu labor inseria-se no campo estritamente privado.¹⁹ Como bem lembra Margareth Canovan, uma vez que na antigüidade o lar constituía "também a unidade da produção econômica", todo o aspecto "natural, material da vida humana tinha lugar no [espaço] privado, longe da luz da arena pública".²⁰

¹⁵LAFER, Celso. **Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.28.

¹⁶ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.94-95.

¹⁷ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.40 – "Uma vez que os seres humanos são sujeitos à necessidade, têm o direito de empregar a violência contra os outros; a violência é um ato pré-político de libertar-se da necessidade da vida para conquistar a liberdade do mundo."

¹⁸FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.23.

¹⁹Note-se que, originariamente, a expressão *privado* deriva de *privação*, ou seja, "ser privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação 'objetiva' com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado da possibilidade de realizar algo mais permanente que a própria vida" (ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.68).

²⁰CANOVAN, Margareth. **Hannah Arendt: a reinterpretation of her political thought**. Cambridge: Cambridge University Press, 1992. p.116. "*Since the household was also the unit of economic production, all the natural, material side of human – all the labor, in Arendt' s terminology – took place in private, away from the light of public arena.*"

O trabalho, por seu turno, corresponde à atividade de produção desenvolvida pelo *homo faber* para a construção do mundo "artificial", sem qualquer relação com o ambiente natural.²¹

Diversamente do labor, os bens produzidos pelo trabalho não se prestam ao "consumo imediato", mas adquirem permanência em um mundo que, por essência, transcende a vida humana.²² Trata-se de atividade que se desenvolve numa "relação meio/fim" e que, a exemplo do labor, tem na violência um de seus traços característicos.²³

A autora adverte que essa distinção entre trabalho e labor por ela proposta não era reconhecida na antigüidade²⁴ e, nesse sentido, destaca que

...à parte seu desdém pelo labor, os gregos tinham suas razões para não confiar no artífice ou, antes, na mentalidade do *homo faber* (...). Conseqüentemente, as ocupações que não consistiam em labor, mas ainda assim eram exercidas com a finalidade de atender às necessidades da vida, foram assimiladas à condição de labor. (...) Não é surpreendente que a distinção entre labor e trabalho tenha sido ignorada na antigüidade

²¹ARENDDT, **A condição...**, op. cit., p.15.

²²MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.46-47.

²³Enquanto no labor a violência se dirige contra os escravos e membros da família, no trabalho essa violência é voltada contra a natureza. "O material já é um produto das mãos humanas que o retiraram de sua natural localização, seja matando um processo vital, como no caso da árvore que tem que ser destruída para que se obtenha a madeira, seja interrompendo algum dos processos mais lentos da natureza, como no caso do ferro, da pedra ou do mármore, arrancados do ventre da terra." (ARENDDT, **A condição...**, op. cit., p.152).

²⁴Mesmo Hannah Arendt reconhece quão inusitada, tendo como referência a tradição pré-moderna do pensamento político e as modernas teorias do trabalho, é a sua distinção entre *labor* (trabalho) e *work* (obra de fabricação). O maior sinal fenomenológico da distinção efetiva entre estas atividades não se dá na história, mas na linguagem: todas as línguas européias, tanto as antigas quanto as modernas, possuem duas palavras para designar o que hoje temos como a mesma atividade, e quando se trata de estabelecer um substantivo correspondente a tal atividade não se fala em trabalho, relacionado mais propriamente à atividade, mas em obra, relacionado mais aos seus produtos. A compreensão da atual fusão conceitual de tais atividades permite um maior aprofundamento no que seria a ' essência' da Era Moderna." (CORREIA, Adriano. O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo. In: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). **Hannah Arendt**: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001. p.232).

clássica. A diferenciação entre a casa privada e a esfera política pública, entre o doméstico que era um escravo e o chefe da casa que era um cidadão, entre as atividades que deviam ser escondidas na privacidade do lar e aquelas que eram dignas de vir a público, apagaram e predeterminaram todas as outras distinções...²⁵

Pontuando a peculiaridade do trabalho em relação ao labor, Arendt afirma ainda que, diversamente do *animal laborans*, que se mantinha recluso no âmbito familiar e apartado do mundo, o *homo faber* estabeleceu o seu próprio espaço público, "embora não uma esfera política propriamente dita. A esfera pública do *homo faber* é o mercado de trocas, no qual ele pode exibir os produtos de sua mão e receber a estima que merece".²⁶

Essa publicidade "não-política" do trabalho leva muito dos intérpretes da obra de Arendt a afirmar que esta atividade não seria nem propriamente pública, nem propriamente privada, ocupando um espaço intermediário entre uma e outra.²⁷

A ação, por seu turno, relaciona-se a uma atividade desenvolvida na *polis*²⁸ por homens iguais e livres, compreendida a liberdade nesse contexto como superação das necessidades vitais. No conceito antigo, à ação corresponde o espaço público ou o espaço da aparência, onde os homens vêem e são vistos, ouvem e são ouvidos e no qual imperam a palavra, a persuasão, não tendo lugar qualquer forma de violência.²⁹

²⁵ARENDR, **A condição...**, op. cit., p.92-96.

²⁶ARENDR, **A condição...**, op. cit., p.174.

²⁷Nesse sentido, ver FERRAZ JR., op. cit., p.135; MAIA, op. cit., p.47.

²⁸"A rigor, a *polis* não é a cidade-estado em sua localização física; é a organização da comunidade que resulta do agir e falar em conjunto, e o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam. ' Onde quer que vás, serás um *polis*' : estas famosas palavras não só vieram a ser a senha da colonização grega, mas exprimiam a convicção de que a ação e o discurso criam entre as partes um espaço capaz de situar-se adequadamente em qualquer tempo e lugar. Trata-se de espaço da aparência, no mais amplo sentido da palavra, ou seja, o espaço no qual eu apareço aos outros e os outros a mim; onde os homens assumem uma aparência explícita, ao invés de se contentar em existir meramente como coisas vivas ou inanimadas." (ARENDR, **A condição...**, op. cit., p.211).

²⁹ARENDR, **A condição...**, op. cit., p.35.

Na antigüidade, nenhuma atividade fundada na violência ou voltada para a garantia da vida era admitida a ingressar na esfera pública da ação. Por conseguinte, "nem o labor nem o trabalho eram tidos como suficientemente dignos para constituir um *bios*, um modo de vida autônomo e autenticamente humano; uma vez que serviam e produziam o que era necessário e útil, não podiam ser livres e independentes das necessidades e privações humanas".³⁰

A condição humana da ação é a pluralidade – "...o homem é a-político. A política surge no **entre-os-homens**; portanto, totalmente **fora** dos homens. Por conseguinte, não existe nenhuma substância política original. A política surge no intra-espaço e se estabelece como relação".³¹

Avançando a análise para a Idade Média, constata Arendt que essa delimitação dos espaços público e privado adquire um novo sentido, porquanto no regime feudal todas as atividades humanas foram concentradas no âmbito da família, passando a ter a esfera privada a relevância que antes havia sido outorgada à esfera pública.³² Nos feudos coexistiam atividades voltadas à subsistência, tipicamente privadas portanto, e atividades de índole política, como a administração da justiça pelo senhor feudal.³³

³⁰ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.21.

³¹ARENDT, Hannah. **O que é política?**: fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz. Tradução: Reinaldo Guarany. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p.23.

³²ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.43-44.

³³É típico desta evolução da esfera privada – e, por sinal, da diferença entre o antigo chefe de família e o senhor feudal – que este último pudesse administrar justiça dentro dos limites do seu domínio, ao passo que o antigo chefe de família, embora pudesse exercer um domínio mais ameno ou mais severo, não conhecia leis nem justiça fora da esfera pública. A transferência de todas as atividades humanas para a esfera privada e o ajustamento de todas as relações humanas segundo o molde familiar teve profundas repercussões nas organizações profissionais especificamente medievais nas próprias cidades – nos *guilds*, *confrèries* e *compagnons* – e até mesmo nas primeiras companhias comerciais, nas quais ' o lar comum original parecia estar implícito na própria palavra ' companhia' *compagnis* (...) [e] em expressões como ' aqueles que comem do mesmo pão ' , homens que compartilham do mesmo pão e do mesmo vinho' ." (ARENDT **A condição...**, op. cit., p.44).

Segundo Canovan, "após a queda de Roma, a esfera pública deixou de existir", sendo substituída por "uma conglomeração de famílias" envolvidas apenas com os seus "próprios negócios privados". Ressalta então que, quando ressurgiu ao final da Idade Média, a noção de público apresentou-se sob uma diferente roupagem, a qual Arendt vai denominar *social*.³⁴

Trata-se, com efeito, "da ascensão da administração caseira, de suas atividades, seus problemas e recursos organizacionais – do sombrio interior do lar para a luz da esfera pública". No início da era moderna, o "econômico" passa finalmente a ser assunto da política, passando "o corpo de povos e comunidades políticas" a ser visto tal qual "uma família cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca".³⁵

Os campos público e privado, que eram marcados na antigüidade pela oposição entre liberdade e necessidade, transmudam-se, respectivamente, para as esferas da sociedade e do indivíduo e, nesse contexto, "a diferença entre ambas exigirá um elemento caracterizador novo, capaz de conformar o que é público e o que é privado" – o Estado.³⁶

A esse respeito, Canovan esclarece que, na visão arendtiana, o surgimento do Estado coincide com a própria emergência da "sociedade", aduzindo, nesse sentido, que o "desenvolvimento de uma economia de mercado" estabeleceu uma rede de interesses privados tão ampla que demandou a criação de uma "nova autoridade pública" que fosse capaz de fomentá-la e protegê-la. Salaria também que, a partir da "modernização econômica" e da agregação de "amplos círculos de

³⁴CANOVAN, op. cit., p.118. *"After the fall of Rome, the public sphere ceased to exist (except, ambiguously, in the life of the Church) and what was left was simply ' a conglomeration of families' – the households of kings and nobles, merchants and peasants, and the quasi-families of guilds and monasteries, all of them immersed in their own private affairs."*

³⁵ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.37 e 47.

³⁶FERRAZ JR., op. cit., p.136.

peças em uma economia interdependente", surgiu "a tendência crescente de considerar a ordem política como instrumento de propósitos econômicos".³⁷

Como anota Cornelius Castoriadis, a "*polis* são os homens", em nada se comparando ao que hoje conhecemos por "Estado", inclusive porque "a idéia (...) de uma instituição distinta e separada do corpo de cidadãos teria sido incompreensível para um grego".³⁸

E é exatamente essa distinção entre a *polis* grega e o Estado moderno que leva Jürgen Habermas a criticar a resistência de Arendt em aceitar a economicização da política, afirmando que:

porque Arendt estiliza a imagem da *polis* grega, transformando-a na essência do político, que constrói dicotomias conceituais rígidas entre "público" e "privado", Estado e economia, liberdade e bem-estar, atividade político-prática e produção, não-aplicáveis à moderna sociedade burguesa e ao Estado moderno. Assim, para ela, o mero fato de que com o modo de produção capitalista produz-se uma relação caracteristicamente nova e complementar entre Estado e a economia, é visto como um sintoma patológico e como o indício de uma confusão destrutiva.³⁹

No mesmo sentido, Gérard Lebrun se diz "desconcertado" com a visão arendtiana de espaço público e, sustentando a indissociabilidade entre política e economia, lembra que "não há programa político que não seja julgado em primeiro

³⁷CANOVAN, op. cit., p.117-118. *"Just as historians of political thought agree ' the state' has not always existed, but came gradually into being in the early modern period of European history, so Arendt maintains that ' society' did not exist until that same period; that ' social' relations developed gradually over many centuries, at first affecting only part of the population; and only now, in modern ' mass societies' , have social relations become all-inclusive. (...) The development of a market economy taking in more and more of the population meant that material concerns that had formerly been the private affair of each separate household became a set of bonds tying many households together, while the increasingly self-conscious spokesmen for the new forms of commercial protect and promote this network of private interests.(...) Since the take-off of economic modernisation and the binding of ever-widening circles of people into an interdependent economy, the tendency has grown to regard the political order as the handmaid of economic purposes."*

³⁸CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto/2**: os domínios do homem. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.298.

³⁹HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (Org.). **Habermas**. 3.ed. São Paulo: Ática, 1993. p.109.

lugar sobre a pertinência das soluções econômicas que ele propõe. Não existe mais um discurso político que possa seriamente convidar os homens a abandonar sua preocupação com a segurança e o bem-estar".⁴⁰

De fato, é difícil imaginar hoje uma versão da política inteiramente depurada de motivações econômicas. Mas, se é possível questionar as categorias de Arendt, especialmente a versão purista de política que, na ótica dos críticos citados, ela insiste em sustentar, não se pode deixar de admitir a pertinência da preocupação que está na raiz de sua construção teórica – o aniquilamento do político pelo econômico. Nestes termos, ainda que no Estado moderno economia e política sejam conceitos quase indissociáveis, não são sinônimos ou intercambiáveis. A economia é, sim, assunto da política, porém a política não deve ser reduzida a uma mera função do econômico.

Feita essa advertência, convém lembrar que, mesmo sob a égide do Estado liberal, o político se ocupava do econômico mesmo que fosse somente com a finalidade de assegurar a liberdade e a exclusividade da exploração do econômico pelos particulares.⁴¹ Conforme ressalta Tércio Sampaio Ferraz Jr., a partir do

⁴⁰LEBRUN, Gérard. **Passeios ao léu**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p.57. Já Castoriadis, embora concorde com Arendt em que a preponderância dos interesses (econômicos) acarreta a fragmentação do "espaço político", assevera que "...caso a sociedade esteja, de fato, profundamente dividida em função de 'interesses' contraditórios – como está hoje – a insistência na autonomia do espaço político torna-se gratuita. A resposta não consiste, então, em fazer abstração do 'social' mas em modificá-lo, de tal modo que o conflito de interesses 'sociais' (vale dizer: econômicos) deixe de ser o fator predominante na formação das atitudes políticas" (CASTORIADIS, op. cit., p.300).

⁴¹Como afirma Pedro Mercado Pacheco: "*Este viejo leit-motiv de la ideología liberal se traducía en la interpretación del mercado como una esfera no regulada, pero el mercado como esfera libre de toda configuración jurídica es una ficción, de la misma forma que es ficticia la identificación de la regulación con la fase del intervencionismo estatal en la economía, como su contrapartida. La 'autonomía' del mercado no significa ausencia de regulación; antes bien, el mercado es una esfera regulada, aunque esa regulación sea una regulación mediante no intervención. Las normas reguladoras del mercado operan a un nivel que podríamos llamar 'constitucional'. Todo mercado necesita una ley sobre los contratos, sobre la propiedad, sobre la competencia... y normas de responsabilidad civil y criminal que hagan respetar los límites u las obligaciones derivadas de las relaciones mercantiles que esas normas 'constitucionales' del mercado crean. Son normas reguladoras, aunque establezcan un tipo de regulación consistente en una forma de 'no regulación' de la esfera del mercado.*" (MERCADO, Pedro Pacheco. **El análisis económico del derecho: una reconstrucción teórica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p.73).

momento em que “a presença do Estado” ganha corpo na sociedade, a esfera privada altera o seu significado original, passando a designar apenas “o terreno do mercado, das trocas, do comércio. (...) A identificação do privado com a propriedade da riqueza e a falta de nitidez da distinção entre as esferas pública e privada fará nascer a idéia de proteção da sociedade econômica contra os excessos do Estado: os direitos individuais, que são os direitos do burguês”.⁴²

Essa interação entre o econômico e o político e a confusão entre público e privado que dela deflui tornam-se ainda mais acentuadas quando vistas sob o ângulo do Estado Social ou Estado de Bem-Estar, na medida em que o forte intervencionismo na economia constitui uma das principais características desse modelo estatal.⁴³ Aqui, o Estado deixa de ser o mero garantidor do mercado e da livre iniciativa privada para assumir uma posição ativa em relação ao processo econômico, passando a atuar diretamente, pois, em um campo que, sob os auspícios do liberalismo, era reservado apenas aos particulares.

Neste cenário, observa-se uma nova alteração no sentido do público e do privado. Institucionalizada a intromissão do Estado nos assuntos do mercado à vista do *bem comum*, a estrita privacidade passa então a designar somente a “intimidade”, uma esfera reservada à proteção do indivíduo contra o avanço da política e, principalmente, da sociedade.⁴⁴

⁴²FERRAZ JR., op. cit., p.137.

⁴³Com a promulgação da Constituição mexicana, em 1917, e da Constituição de Weimar, em 1919, essa tendência à politização da economia passou a repercutir também no âmbito constitucional, consolidando-se, assim, a noção de Constituição econômica. Estes textos constitucionais, por sinal, podem ser considerados as primeiras manifestações do Estado Social, nascido da crise enfrentada pelo liberalismo a partir do acirramento do conflito entre capital e trabalho e dos desequilíbrios do mercado decorrentes do abuso da liberdade econômica. Desde então, a bem do social e do capital, ampliou-se a tendência à expansão do conteúdo da Constituição para além do político, admitindo-se a inserção de normas disciplinadoras da economia e reguladoras da atuação estatal no âmbito da atividade econômica.

⁴⁴ARENDT, **A condição...**, op. cit., p.48.

Mais recentemente, entretanto, a crise do *Welfare State* contribuiu para a consolidação de um outro fenômeno – a ação dos particulares na esfera antes própria do Estado. Nesse sentido, atividades de interesse geral como saúde, educação, cultura, assistência social, etc., antes cometidas a organismos estatais, foram sendo parcial e gradualmente assumidas pela iniciativa privada, tornando ainda mais fluida a delimitação dos espaços público e privado. A respeito, advertem Luiz Carlos Bresser Pereira e Nuria Cunill Grau que "o que é estatal é, em princípio, público. O que é público pode não ser estatal, se não faz parte do aparato do Estado".⁴⁵

E acrescentam:

Em outras palavras, estamos supondo a existência de quatro esferas ou formas de propriedade relevantes no capitalismo contemporâneo: a propriedade pública estatal, a pública não-estatal, a corporativa e a privada. A pública estatal detém o poder de Estado e/ou é subordinada ao aparato do Estado; a pública não-estatal está voltada para o interesse público, não tem fins lucrativos, ainda que regida pelo direito privado; a corporativa também não tem fins lucrativos, mas está orientada para defender os interesses de um grupo ou corporação; a privada, finalmente, está voltada para o lucro ou o consumo privado. (...) o Estado não monopoliza nem necessariamente realiza o interesse público, mas a sociedade em abstrato tampouco. Para viabilizar o desenvolvimento de círculos virtuosos entre Estado, mercado e sociedade é preciso hoje revisar os modos de definir e realizar os interesses públicos. Colocar-se em termos do público não-estatal vai nessa direção, insinuando que a sociedade "civil" não é equivalente ao público, assim como o Estado não o esgota, mas que é precisamente na ruptura dessa dicotomia que se pode encontrar uma das maiores potencialidades para a mudança social. (...) O público, entendido como o que é de todos e para todos, se opõe tanto ao privado, que está voltado para o lucro ou para o consumo, como ao corporativo, que está orientado para a defesa política de interesses setoriais ou grupais (sindicatos ou associações de classe ou de região) ou para o consumo coletivo (clubes). Por sua vez, dentro do público, pode-se distinguir entre estatal e público não-estatal.⁴⁶

Com efeito, diante da óbvia imprecisão conceitual referida acima, o resgate das noções originais de público e privado promovido por Arendt afigura-se de suma importância, pois, sem embargo das críticas ou objeções que possam lhe ser

⁴⁵PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: _____. **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999. p.17-21.

⁴⁶PEREIRA e GRAU, Entre o estado..., op. cit, p.17-21.

dirigidas, a teoria arendtiana auxilia, em boa medida, na compreensão das dificuldades inerentes à delimitação dos campos de atuação próprios do Estado e dos particulares na economia, além de contribuir sobremaneira para a reflexão em torno dos limites que se deve estabelecer à interferência dos fundamentos econômicos sobre as ações políticas na atualidade.

1.2 AS INICIATIVAS PÚBLICA E PRIVADA NO CAPITALISMO

A influência da economia na determinação do público e do privado ganha especial relevo e sentido quando analisada sob o enfoque do capitalismo, já que nesse sistema o conflito (ou a interação) entre o político e o econômico transparece com substancial nitidez.

Dito isto, de pronto urge considerar que, por assentar-se fundamentalmente na apropriação privada dos meios de produção, a ordem capitalista assegura aos particulares a primazia na exploração da atividade econômica, sendo esta uma realidade que se afirma não só no âmbito do capitalismo liberal, como também se confirma na versão dita "social" ou "intervencionista" desse regime econômico.⁴⁷

⁴⁷Diz-se "capitalismo social" ou "novo capitalismo" o sistema econômico que, sem abalar as relações de produção capitalistas (capital x trabalho assalariado), passa a incorporar elementos próprios do socialismo, como o seguro social e assistência, habitação, saúde, segurança, educação, etc. Para alguns, trata-se de um *sistema misto* que não mais se identifica propriamente nem com o capitalismo, nem com o socialismo, considerando estes sistemas em suas formas puras. Nas palavras de A. J. Avelãs Nunes, "trata-se, em regra, de elementos que representam o resultado de um longo processo reivindicativo das classes trabalhadoras, são *conquistas* suas, como outrora o tinham sido o direito de reunião sindical e a limitação da jornada de trabalho a oito horas. E trata-se, também, como os autores salientam, da assunção, por parte do capitalismo, de certas metas dos programas socialistas, mas 'integrando-as' na lógica do sistema, transformando *em* meio o que deveria ser um *fim* em si mesmo" (NUNES, A. J. Avelãs. **Do capitalismo e do socialismo**. Coimbra: Atlântia, 1972. p.108). A propósito, insta lembrar que esse "novo conceito" de capitalismo está na base do Welfare State, cujo papel os socialdemocratas definiram como sendo "o de modificar a interação das forças de mercado, efetivamente abandonando por completo o projeto de nacionalização". Segundo essa perspectiva ideológica, "em vez da propriedade direta, o Estado podia concretizar todos os objetivos socialistas influenciando a indústria privada a agir em função do interesse geral" (PRZEWORSKY, Adam. **Capitalismo e social-democracia**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p.54-55).

Com referência à iniciativa pública (estatal), cabe advertir de início que é relativamente recente a formulação de uma teoria acerca da função do Estado na reprodução do capitalismo, devendo-se isto, talvez, ao fato de Marx não haver dedicado ao tema um tratamento específico em suas obras.⁴⁸

Segundo Adam Przeworsky⁴⁹, embora Marx e Engels tenham feito alguma referência às "condições externas" necessárias para o desenvolvimento do capitalismo, a tese de Marx encaminha-se no sentido de que esse sistema "se reproduzia endogenamente", ou seja, o seu funcionamento estaria subordinado apenas às condições internas de sua organização.⁵⁰

Inferre daí que, não obstante haver Marx reconhecido a relevância do Estado no processo de acumulação primitiva, pré-capitalista portanto, negou ao ente estatal qualquer papel na manutenção do capitalismo, concebido este na sua versão competitiva ou liberal.

Essa leitura não é, entretanto, compartilhada por Paul Sweezy, que, ao analisar o capítulo sobre a extensão do dia de trabalho em *O Capital*, conclui que é dele que se extrai a essência da orientação marxista sobre a função do Estado no âmbito "das relações capitalistas de propriedade".⁵¹

⁴⁸Sweezy esclarece: "Marx não elaborou uma teoria sistemática e formalmente completa do Estado. É evidente, porém, que pretendia fazê-lo", conforme enunciado no Prefácio à *Crítica da Economia Política*. No entanto, "o plano sofreu alterações substanciais no curso do tempo, como o exame dos três volumes de *O Capital* torna claro, mas o Estado continuou sempre no segundo plano, e nunca recebeu a elaboração sistemática que Marx evidentemente esperava dar-lhe" (SWEEZY, P. M. **Teoria do desenvolvimento capitalista**: princípios de economia política marxista. Tradução de: Waltensir Dutra. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p.270).

⁴⁹PRZEWORSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Tradução: Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995. p.94-95.

⁵⁰PRZEWORSKY, **Estado**..., op. cit., p.93.

⁵¹"Após descrever certas formas, tanto pré-capitalistas como capitalistas, de exploração relacionadas com a duração do dia de trabalho, Marx examina ' A Luta por Um Dia de Trabalho Normal' , no desenvolvimento histórico do capitalismo inglês. A primeira fase dessa luta resultou nas ' Leis Compulsórias para a Extensão do Dia de Trabalho Desde Meados do Século XIV Até Fins do Século XVII' . Os empregados, procurando criar um proletariado treinado e disciplinado do trabalhador

Sem se desgarrar da interpretação marxista focada na capacidade de auto-reprodução do capitalismo, Emir Sader obtempera que a autonomia do capitalismo com referência à ação estatal deve ser relativizada, pois se "a centralização do Estado cria as condições de unificação da estrutura social que as relações capitalistas requerem (...) sua intervenção posterior dependerá das condições de reprodução daquelas relações, o que é função do grau de desenvolvimento da estrutura econômica de cada país e, antes disso, da realização das condições de acumulação primitiva".⁵²

Hoje, superado o modelo de capitalismo puramente competitivo e absolutamente independente de qualquer ação estatal⁵³, inaugura-se a fase do "capitalismo regulado, avançado ou organizado"⁵⁴, passando então os teóricos,

pré-capitalista existente, eram freqüentemente obrigados a recorrer ao Estado para ajuda. As leis ampliando a extensão do dia de trabalho foram o resultado disso. Durante longo tempo, porém, a extensão do dia de trabalho foi um processo muito lento e gradual. Só depois do rápido crescimento do sistema fabril, na segunda metade do século XVIII, teve início o processo de prolongar a jornada de trabalho que culminou nas notórias condições de princípios do século XIX. (...) O início da resistência da classe trabalhadora marcou o começo da segunda fase do desenvolvimento: ' Limitação Compulsória, pela Lei, do Dia de Trabalho, As Leis Fabris Inglesas de 1833 a 1864' . Numa série de árduas lutas políticas, os trabalhadores puderam conquistar concessão após concessão de seus adversários. Essas vitórias tomaram a forma de leis que limitavam as horas de trabalho, para categorias de trabalho cada vez maiores, até que em 1860 o princípio da limitação da jornada estava tão firmemente estabelecido que já não podia ser desafiado. Depois disso, o curso do progresso foi constante." (SWEEZY, op. cit., p.275-276).

⁵²SADER, Emir. **Estado e política em MARX**: para uma crítica da filosofia política. São Paulo: Cortez, 1993. p.59.

⁵³Note-se que alguns teóricos, como Poulantzas, duvidam que esse modelo de capitalismo puramente competitivo possa ter existido algum dia, exatamente por acreditar que "o capitalismo jamais poderia reproduzir-se sem o Estado" (PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.103).

⁵⁴Na definição de Habermas, "a expressão 'capitalismo organizado ou regulado pelo Estado' refere-se (...), por um lado, aos processos de concentração econômica – o surgimento de empresas nacionais e em seguida multinacionais e a organização dos mercados para bens, capitais e trabalho. Por outro lado, refere-se ao fato de que o Estado intervém no mercado quando cresce um hiato funcional. A extensão de estrutura oligopolística de mercado certamente significa o fim do *capitalismo competitivo*. (...) Similarmente, a suplementação e parcial substituição do mecanismo de mercado pela intervenção estatal marca o fim do *capitalismo liberal*" (HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 3.ed. Tradução: Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. p.47-48).

inclusive os marxistas, a assegurar que a iniciativa pública ou estatal é indispensável para que o sistema capitalista possa alcançar dois objetivos essenciais à sua preservação – a acumulação e a legitimação:

O capitalismo pode passar por crises periódicas em que a produção, o emprego ou o consumo declinem temporariamente, mas ele não pode estagnar permanentemente; como Marx enfatizou, o capitalismo deve se desenvolver incessantemente, apenas para sobreviver. Acumulação continuada é assim a primeira condição necessária, o requerimento funcional central para a reprodução do capitalismo. Legitimidade é a segunda condição necessária, seja porque o apoio popular é exigido pelas regras da democracia ou pelo menos porque o consentimento é necessário para desarmar a onipresente ameaça revolucionária. Acumulação e legitimação são assim os pré-requisitos funcionais para a sobrevivência do capitalismo e, por várias razões, a acumulação e a legitimação não são (ou não são mais) geradas espontaneamente pelas economias capitalistas.⁵⁵

Para viabilizar a acumulação, o Estado trata de prover as condições para que a exploração da propriedade privada gere os excedentes necessários à reprodução capitalista. Nesse sentido, A. J. Avelãs Nunes apregoa que as políticas públicas do Estado capitalista observarão sempre a racionalidade do capitalismo, qual seja, a de nunca admitir a redução das margens de lucro. Assim, mesmo as ações estatais de caráter redistributivo não poderão ferir essa lógica, inclusive porque é esta lógica que estabelece os limites da redistribuição.

Para pôr de pé sua política, o Estado vai cobrar impostos da taxa progressiva, por forma a onerar mais pesadamente os titulares de rendimentos mais altos. Com as receitas assim arrecadadas, vai o Estado realizar despesas que se pretende venham a traduzir-se em bens e serviços postos à disposição da comunidade, de modo a que eles beneficiem em maior medida os titulares de rendimentos mais baixos – são, fundamentalmente, as despesas que permitem escolaridade alargada e gratuita para todos, melhoria das condições de higiene, saúde e habitação. Não há dúvidas que estas despesas irão aproveitar individualmente, em maior ou menor medida, àquelas pessoas que consomem gratuitamente os respectivos bens ou serviços e, entre elas, a maioria pertencerá, porventura, a camadas de baixos rendimentos (em geral, trabalhadores assalariados). Esses consumos irão, porém, beneficiar, por outro lado, os donos das empresas (em regra pertencentes ao escalão dos rendimentos elevados). Desde logo, porque o facto de esses consumos serem pagos com as receitas do Estado permite que as classes trabalhadoras vão satisfazendo as exigências históricas da sua subsistência, variáveis de país para país e de época para época, sem ter que aumentar correspondentemente o chamado salário directo: parte do que os ricos pagam de imposto poupá-los-ão nos salários que pagam aos

⁵⁵PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.89-90.

que trabalham nas suas empresas, que, assim, podem ser mais baixos. Depois, o fato de esses consumos serem gratuitos liberta um montante equivalente de rendimentos, que podem ser utilizados na compra dos bens que as empresas produzem para vender no mercado, aumentando, portanto, a procura solvável, o poder de compra efectivo das populações e, conseqüentemente, o volume de vendas e os lucros globais das empresas. Finalmente (...) tais despesas vão propiciar trabalhadores mais sãos, mais fortes, mais cultos, mais sabedores, numa palavra mão-de-obra mais qualificada, capaz de produzir mais, de dar maior "rendimento" àqueles que, por serem titulares dos meios materiais de produção, vão contratar essa mão-de-obra assim "beneficiada". (...) E de tal modo essas despesas são rentáveis que, quando a actuação do Estado não satisfaz, muitas são as empresas que, embora a custos mais elevados, suportam directamente o encargo de centros próprios de formação profissional, cantinas, centros de saúde e de recreio, bairros para o pessoal, etc.⁵⁶

Adverte ainda o mesmo autor que a intervenção estatal na economia é voltada ao "desenvolvimento das chamadas infra-estruturas sociais", ou seja, aquelas atividades que demandam grande investimento imprescindíveis ao bom e adequado funcionamento do mercado, como sói acontecer com os "planos de urbanização, estradas, portos, caminhos de ferro, etc."⁵⁷

Já com a finalidade de assegurar a adesão popular ao capitalismo, o Estado lança mão de mecanismos de legitimação. De regra, busca alcançar esse objetivo através de promessas de "prestações positivas", de cunho includente, plasmadas em diplomas normativos com a finalidade de promover a confiança da população no governo e no sistema capitalista que ele representa. Mais especificamente, por meio de Constituições normativas, o Welfare State intenta controlar os conflitos de classe e, assim, obter a *lealdade das massas*.⁵⁸

⁵⁶NUNES, op. cit., p.71-73.

⁵⁷NUNES, op. cit., p.178.

⁵⁸A noção de constitucionalização simbólica está relacionada ao "fato de que o texto constitucional não é suficientemente concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada", ou seja, "não há uma integração suficiente entre programa normativo (dados lingüísticos) e âmbito ou domínio normativo (dados reais)". Com base nessa premissa, salienta Neves que, "embora a constitucionalização simbólica (...) tenha a função ideológica de promover a confiança no Estado ou no Governo (...), servindo-lhes como fórmula de representação retórica e álibi, ela pode converter-se, em casos extremos de discrepância entre texto e realidade constitucionais, num fator de promoção de desconfiança na própria figura do Estado. (...) O próprio Direito como sistema de regulação da conduta em interferência intersubjetiva cai em descrédito; o público sente-se, então, iludido; os atos políticos tornam-se

Nos regimes democráticos, o sistema de escolha dos dirigentes estatais reforça essa legitimação, pois as mesmas normas constitucionais que obrigam os potenciais governantes a se submeterem ao processo eleitoral, impõem aos governados o dever de obedecer às leis que aqueles elaboram quando ascendem ao poder. Entretanto, a legitimidade dos governantes democraticamente eleitos não se assenta na singela observância das regras eleitorais, mas, ao reverso, funda-se na expectativa de que “essa forma de governo [democrática] contribuirá para o bem-estar comum e individual e para outros fins desejáveis”.⁵⁹

Para Ernest Mandel, a atuação do Estado no capitalismo desenvolve-se em três principais frentes – na criação de “condições gerais de produção”; na utilização do aparato estatal para aplacar as ameaças ao sistema; na legitimação da ideologia da classe dominante. Buscando determinar a especificidade do Estado capitalista, pontifica o autor que este se identifica, principalmente, pelo “isolamento das esferas pública e privada da sociedade, que é conseqüência da generalização

' cínicos' ". Daí conclui que "a questão dos limites ideológicos da constitucionalização simbólica perante a ' lealdade das massas' pode ser relacionada com a noção de ' regras-do-silêncio' (*rules*) como mecanismos através dos quais determinados temas são excluídos da discussão jurídico-política nos sistemas constitucionais democráticos." (...) "Enquanto através da ' lealdade das massas' *welfare state*, caracterizado por ' Constituições normativas' , põe conflitos de classe no segundo plano ou ' domestica-os' (...), possibilitando o desenvolvimento das chamadas ' regras-do-silêncio' , as experiências da constitucionalização simbólica, presentes sobretudo nos Estados periféricos, são marcadas pela incapacidade de uma superação ou controle satisfatório da questão social e, portanto, do conflito de classes, o que torna improvável o desenvolvimento estável de ' regras-do-silêncio' democráticas, sejam elas implícitas ou explícitas." (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994. 110 e 111).

⁵⁹ “...la preferencia por el gobierno democrático no se basa sobre las propias reglas, sino sobre la esperanza de que esta forma de gobierno contribuirá al bienestar común e individual y a otros fines deseables” (OFFE, Claus. **Contradiciones en el Estado del bienestar**. Trad. Antonio Escohotado. Madri: Alianza Editorial, 1990. p.123). Acentua o autor que “este mecanismo juega un papel clave en disfrazar el hecho de que los recursos materiales del poder estatal y el modo en que son usados dependen primariamente de las rentas derivadas del proceso de acumulación y no de las preferencias de voto del electorado general” (OFFE, op. cit., p.107). Observa ainda que a incapacidade do Estado de Bem-Estar de enfrentar com êxito as crises econômicas abala a confiança dos cidadãos, gerando assim uma crise de legitimação: “A medida que la crisis política se desarrolla paralelamente a la crisis económica, la satisfacción popular ante un sistema que antes ‘suministraba los bienes’ se ha convertido en insatisfacción; emergem actitudes empíricas de desacuerdo y comienza la puesta en cuestión filosófica de toda la relación entre política y sociedad” (OFFE, op. cit., p.272).

sem igual da produção de mercadorias, da propriedade privada e da concorrência de todos contra todos". Assim, afirmando-se inviável a eleição de um de seus membros para representar os interesses gerais da classe, os capitalistas encontram no Estado a entidade autônoma que poderia "funcionar como um 'capitalista total ideal', servindo aos interesses de proteção, consolidação e expansão do modo de produção capitalista como um todo, acima e ao contrário dos interesses conflitantes do 'capitalista total real' constituído pelos 'muitos capitais' do mundo real".⁶⁰

Nessa mesma linha, adverte P. M. Sweezy que a missão do Estado no capitalismo é preservar a estrutura do sistema e, desse modo, o aparato estatal deve ser integrado por todos aqueles que "aceitam integralmente os postulados e objetivos dessa forma de sociedade". Por conseguinte, ao intervir no mercado, o Estado o faz, primeiramente, em favor da classe capitalista, não sendo incoerente afirmar que essa intervenção possa "chocar-se com os interesses econômicos imediatos de alguns ou mesmo de todos os capitalistas, desde que isso atenda ao objetivo principal de preservar intacto o sistema". Ressalta ainda que essa orientação é claramente demonstrada nas intervenções estatais promovidas com o objetivo de minorar o conflito entre capital e trabalho, uma vez que, aí, o Estado se interpõe entre os capitalistas e os trabalhadores, impondo aos primeiros a obrigação de conceder vantagens econômicas aos últimos, tudo com a "finalidade de preservar a paz e a tranqüilidade, de reduzir os choques de classes e finalmente evitar os perigos de uma revolução".⁶¹

⁶⁰MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio**. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. p.333-336. A observação de Mandel evoca a reflexão sobre o conceito de público e privado abordado linhas atrás. Nesse sentido, a atuação no domínio econômico, que na antigüidade circunscrevia-se à esfera privada, passa a ter uma conotação claramente pública quando levada a efeito pelo Estado em favor da preservação do sistema capitalista. Nessa ordem de idéias, pode-se então cogitar da existência de um "interesse econômico público" (do capitalismo), titularizado pelo Estado, e de um "interesse econômico privado" (dos capitalistas).

⁶¹SWEEZY, op. cit., p.278.

Em contraste, Claus Offe⁶² sustenta que no "capitalismo regulado" o Estado não pode ser tomado apenas "como um instrumento a serviço do capital", caracterizando-se, ao contrário, "por estruturas organizativas e constitucionais cuja seletividade específica se ordena a reconciliar e harmonizar a economia capitalista 'organizada privadamente' e os processos de socialização deflagrados por esta economia".⁶³ De acordo com o seu entendimento, na ordem capitalista incumbe ao ente estatal promover essa harmonização, sem, contudo, abalar o processo de acumulação e abolir a apropriação privada dos meios de produção. Desse modo, no capitalismo o Estado não se alia a classes específicas ou atua em favor de interesses específicos, mas, diferentemente, tem sua atuação voltada à proteção de instituições e relações sociais que respaldam "o domínio da classe capitalista. (...) Em vez de defender os interesses específicos de uma classe singular, trata de pôr em prática e garantir os interesses *coletivos* de todos os membros de uma *sociedade de classes dominadas pelo capital*".⁶⁴

Para além disso, ressalta que não é só o Estado que é dependente do capital, mas o capital também é dependente do Estado. E, diante dessa circunstância, reputa descabidas as críticas neoliberais ao intervencionismo estatal, sustentando, para tanto, que o mercado não sobrevive sem a política de subsídios e

⁶²"El Estado capitalista ya no puede caracterizarse como un instrumento al servicio del capital (un interés que ni es homogéneo ni se 'comprende globalmente'); este Estado se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista 'organizada privadamente' y los procesos de socialización disparados por esta economía." (OFFE, op. cit., p.60-61).

⁶³Esses "processos de socialização" correspondem às externalidades negativas geradas pelo sistema capitalista. Segundo Calixto Salomão Filho, "há externalidade sempre que uma determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica" (SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**: princípios e fundamentos jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2001. p.27).

⁶⁴"Lo que el Estado protege y sanciona es, más bien, un grupo de instituciones y relaciones sociales necesarias para el dominio de la clase capitalista. (...) En vez de defender los intereses específicos de una clase singular, trata de poner en práctica y garantizar los intereses colectivos de todos los miembros de una sociedad de clases dominada por el capital." (OFFE, op. cit., p.106).

sem a infra-estrutura social proporcionada pela máquina administrativa e que, por isso mesmo, o Welfare State é uma realidade irreversível.

Em outras palavras, o Estado de Bem-Estar se converteu em uma estrutura irreversível, cuja abolição exigiria nada menos que a abolição da democracia política e dos sindicatos, assim como mudanças fundamentais no sistema de partidos. Não se vislumbra, como fator significativo, uma força capaz de suscitar mudanças tão dramáticas, inclusive levando-se em consideração os movimentos populistas da classe média e a orientação de direita que brotam ocasionalmente em alguns países. Ademais, é sabido que os mais ferozes defensores do capitalismo do *laissez-faire* e do individualismo econômico mostram acentuadas diferenças entre a sua perspectiva ideológica geral e sua disposição de abandonar transferências, subsídios e esquemas de seguridade social que lhes beneficiam.⁶⁵

Por força dessa recíproca dependência, é bastante improvável a restauração do liberalismo, nos moldes do que imperava antes do colapso econômico de 1929. A tendência neoliberal de reestruturação da economia poderá atingir alguns direitos sociais, mas não chegará a suprimir totalmente as conquistas dos respectivos agentes. Assim, "alguns dos benefícios trabalhistas poderão vir a ser suprimidos, ficando condicionados à previsão em acordos coletivos intersindicais, mas o direito do trabalho continuará a existir", da mesma forma que "nas relações de consumo, a interpretação jurisprudencial das normas jurídico-consumeristas pode identificar uma margem maior de atuação da autonomia privada, mas permanecerão vigentes as normas de coibição a práticas comerciais abusivas, e assim por diante".⁶⁶ Em suma, o Estado de Bem-Estar poderá ser abalado, mas não abolido.

⁶⁵*"En otras palabras, el Estado del Bienestar se ha convertido en una estructura irreversible, cuya abolición exigiría nada menos que la abolición de la democracia política y los sindicatos, así como cambios fundamentales en el sistema de partidos. No se vislumbra como factor significativo una fuerza capaz de suscitar cambios tan dramáticos, incluso tomando en cuenta movimientos populistas de clase media y orientación derechista que brotan ocasionalmente en algunos países. Además, es un hecho bien conocido a través de sondeos de opinión política que los más feroces propugnadores del capitalismo de laissez-faire y el individualismo económico muestran marcadas diferencias entre su perspectiva ideológica general y su disposición a abandonar transferencias, subsidios y esquemas de seguridad social que les reportan personalmente beneficios."* (OFFE, op. cit., p.141).

⁶⁶COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.7.

Destarte, a ordem capitalista não só não repugna a intervenção estatal como a admite fundamental para a sua preservação. Ademais, a ação do Estado na economia pode até desagradar alguns capitalistas, mas, em geral, é bastante salutar ao capitalismo.

Assim, dado que o capitalismo não sobrevive sem o Estado, cabe então indagar: por que a ação estatal no domínio econômico é voltada, precipuamente, à preservação desse sistema?

Para responder a essa indagação duas teorias se apresentam – a *elite no poder* e a *dependência estrutural*.

Consoante a teoria da *elite no poder*, a ação governamental em favor do capitalismo dá-se pela simples razão de serem os cargos de direção no governo ocupados por representantes da elite econômica e, conseqüentemente, por pessoas que "têm os mesmos interesses e valores dos capitalistas". Trata-se de um diminuto contingente de pessoas que, controlando a maior parte da riqueza e detendo uma série de privilégios decorrentes dessa posição, infiltram-se na máquina estatal como "funcionários nomeados, juízes ou políticos eleitos".⁶⁷ Adam Przeworsky adverte que, embora bem fundamentada, essa teoria falha ao desconsiderar que a competição entre os capitalistas, por si só, inviabiliza a existência de um interesse uniforme dessa classe, capaz de ser satisfatoriamente defendido pelos seus *representantes* no governo.⁶⁸

Já para a teoria da dependência estrutural, a vinculação dos governos ao capitalismo explica-se não pela razão de estarem os *donos do capital* estrategicamente representados nos postos de mando do Estado, mas porque o modo de produção capitalista articula-se de forma a impor "restrições tão fortes que

⁶⁷PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.116.

⁶⁸PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.118.

nenhum governo, independentemente de seus objetivos, pode implementar políticas adversas aos interesses dos capitalistas".⁶⁹

De acordo com Offe, no capitalismo os governos são dependentes "de um processo de acumulação que excede seu poder organizador", fato este que leva os governantes a se empenharem para criar condições mais favoráveis ao capital. E conclui:

Este interesse não provém da aliança de um governo particular com classes ou estratos particulares interessados na acumulação; nem deriva necessariamente do acesso privilegiado dos membros da classe capitalista a centros de decisão estatal, privilégio que por sua vez permite a essa classe "pressionar" os depositários do poder estatal para que persigam seu interesse classista. O *auto interesse institucional* do Estado na acumulação é condicionado, melhor, pelo fato de que se nega ao Estado poder para controlar o fluxo dos recursos que, contudo, são indispensáveis para o exercício do poder estatal. Ainda que os agentes da acumulação não estejam interessados primariamente em usar o poder do Estado, os atores estatais devem estar interessados – pelo bem de seu próprio poder – em garantir e salvaguardar um processo acumulativo saudável.⁷⁰

A teoria da *dependência estrutural* parte do pressuposto de que a alocação de recursos consubstancia um efetivo poder concentrado nas mãos dos detentores do capital que acaba por vincular a sociedade como um todo. O destino do trabalho assalariado depende do volume de investimentos feito pelos capitalistas e, daí, "se as firmas responderem aos aumentos de salários com menores investimentos, os assalariados estariam melhor se moderassem suas demandas salariais".⁷¹

⁶⁹PRZEWORSKY, **Estado**..., op. cit., p.119.

⁷⁰"Este interés no proviene de la alianza de un gobierno particular com clases o estratos particulares interesados en la acumulación; ni deriva necesariamente de acceso privilegiado de los miembros de la clase capitalista a centros de decisión estatal, privilegio que a su vez permite a esa clase 'presionar' a los depositários del poder estatal para que persigan su interés clasista. El auto-interés institucional del Estado en la acumulación se halla condicionado, más bien, por el hecho de que se niega al Estado poder para controlar el flujo de aquellos recursos que, com todo, son indispensables para el ejercicio del poder estatal. Aunque los agentes de la acumulación no se hallen interesados primariamente en 'usar' el poder de Estado, los actores estatales deben estar interesados – por el bien de sua propio poder – en garantizar y salvaguardar un proceso acumulativo 'saudable'."(OFFE, op. cit., p.107).

⁷¹PRZEWORSKY, **Estado**..., op. cit., p.120.

Przeworsky contesta, porém, a validade absoluta dessa teoria alegando que a redução do investimento não pressionará negativamente a renda dos trabalhadores "se o governo taxar apenas os lucros não-investidos e transferir essa receita aos assalariados". Em síntese, "se os governos têm opções quanto a políticas econômicas e essas políticas têm conseqüências: a teoria da dependência estrutural é falsa".⁷²

Não obstante as críticas dirigidas a ambas as teorias – *elite no poder e dependência estrutural* –, a doutrina não oferece uma alternativa segura e conclusiva acerca dos motivos pelos quais as ações estatais são orientadas à manutenção do sistema capitalista, cogitando alguns que, possivelmente, tal incerteza esteja relacionada à impossibilidade de se aferir com precisão em que medida e grau de intensidade o capitalismo gera estrangimentos ao governo e à sociedade.⁷³

No entanto, não se pode ignorar a ideologia subjacente ao sistema capitalista que proclama a "crença na organização" do capital, especialmente após a recente derrocada da experiência socialista em diversas partes do mundo. Conforme acentua Mandel:

a expressão mais óbvia dessa "crença na organização" é o ideal capitalista tardio de uma "sociedade arregimentada", onde cada um tem (e mantém) o seu lugar, enquanto os legisladores visíveis (e invisíveis) asseguram o crescimento estável e contínuo da economia, dividem os benefícios desse crescimento de maneira mais ou menos "eqüitativa" entre todas as classes sociais e protegem um número cada vez maior de setores do sistema econômico e social das repercussões de uma economia de mercado "pura".⁷⁴

⁷²PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.122-123.

⁷³Apesar de suas contundentes objeções às teorias citadas, Przeworsky reconhece que esta é ainda uma questão aberta. "Uma vez que cada uma dessas teorias contém um grão de verdade, é tentador assumir uma postura eclética. Mas o papel das teorias é o de eliminar argumentos que tenham plausibilidade à primeira vista, por meio de análise empírica e lógica. Infelizmente, é difícil determinar a validade relativa desses enfoques, especialmente porque poucos estudos testam explicitamente hipóteses rivais." (PRZEWORSKY, **Estado...**, op. cit., p.131-132).

⁷⁴MANDEL, op. cit., p.351.

Portanto, a racionalidade do capitalismo supõe que a economia privada é capaz de viabilizar o devido equacionamento das carências da sociedade, justificando, desse modo, o auxílio que o Estado tradicionalmente defere à iniciativa privada nesse sistema econômico. Nesse sentido, a atuação estatal não se fundamenta, necessariamente, no pressuposto de que o mercado constitui uma das representações possíveis do "estado de natureza" de Hobbes, sendo um território marcado pela irracionalidade e "pelo conflito permanente e anárquico de todos contra todos". No mais das vezes, o que leva o Estado a agir em favor da economia capitalista é a crença dos governantes de que "o mercado é o terreno por excelência de uma racionalidade espontânea, 'natural', caracterizada pela concertação dos planos econômicos individuais que é uma consequência necessária da própria natureza heterogênea dos interesses em jogo e da arbitrariedade da vontade individual".⁷⁵

Nesse passo, vislumbra-se uma das formas características da interação entre o público e o privado no capitalismo – a busca de fins públicos através de meios privados, o que, em grande parte, explica as "funções complexas e por vezes contraditórias" desempenhadas pelo Estado nesse regime econômico.⁷⁶

Com efeito, as explicações fornecidas pelas teorias da *elite no poder* e a *dependência estrutural*, bem como a idealização de um sistema capaz de, hipoteticamente, alcançar a justiça social por meio da propriedade privada, podem até ser invocadas para justificar a iniciativa pública (estatal) em favor do capitalismo sob o ponto de vista ideológico. Todavia, deve-se ter em mira que a vinculação dos governantes ao sistema não se restringe a esse plano, pois, como antes destacado, a adesão do Estado ao capitalismo se dá também pela via normativa, mais comumente pela inserção de normas que lhe são compatíveis no texto

⁷⁵MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito económico**. 2.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p.28.

⁷⁶AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social e serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.57.

constitucional.⁷⁷ Daí, a observância aos postulados básicos desse regime econômico (livre iniciativa, livre concorrência, propriedade privada, etc.) não chega a ser propriamente uma opção, sendo antes um dever institucional imposto a todos aqueles que, transitória ou permanentemente, titularizam o poder estatal.

Não obstante isso, cumpre lembrar que a liberdade de mercado não pode ser absoluta, de vez que a maioria das pessoas carece dos recursos necessários para ingressar nesse sistema. De outra parte, nem todas as necessidades coletivas podem ser satisfeitas através do regime de livre empresa, pois o acesso a seus bens e serviços está condicionado ao poder aquisitivo do qual não dispõe grande parte daqueles que deles necessitam. Logo, no Welfare State a iniciativa pública "haverá que romper as barreiras e os monopólios para permitir ao homem participar do desenvolvimento" econômico, ao mesmo tempo que deve "tutelar a existência de bens coletivos, que não podem ser considerados simples mercadorias".⁷⁸

⁷⁷Sem prejuízo dessa assertiva, convém lembrar a observação de José Alfredo de Oliveira Baracho no sentido de que "a constituição (*sic*) nem sempre responde a apenas uma ideologia, mas pode conter diversidade de elementos ideológicos, nem sempre estáveis. O consenso, além de ser considerado como fundamento racional da obediência ao direito, influencia o próprio conteúdo do texto constitucional, tornando possível a elaboração de Constituição de contornos elásticos. A constituição (*sic*) é uma espécie de confluência de coincidências suficientemente amplas, com a finalidade de acomodar as diversas opções políticas que congrega" (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.16).

⁷⁸"*La economía de empresa o de mercado no puede ser absoluta, pues la mayoría de los hombres no disponen de los medios que les permitan entrar de modo efectivo y humanamente digno en un sistema de empresa. (...) La sociedad no se opone al mercado. Sólo necesita que éste sea controlado oportunamente por las fuerzas sociales y por el Estado para garantizar la satisfacción de las exigencias fundamentales de toda la sociedad. Por consiguiente, habrá que romper las barreras y los monopolios para permitir al hombre participar en el desarrollo y tutelar la existencia de bienes colectivos, que no son ni pueden ser considerados simples mercancías.*" (DROMI, Roberto. **Empresas públicas**: de estatales a privadas. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997. p.26).

Na verdade, este é o grande desafio do moderno Estado capitalista: "coordenar as exigências do desenvolvimento econômico com as [exigências] de justiça social e de pleno desenvolvimento da pessoa humana".⁷⁹

Com o escopo de concretizar esses objetivos, o Estado de Bem-Estar⁸⁰ não se limita a orientar a economia desde uma posição externa, optando, muitas vezes, por atuar como protagonista do processo econômico, seja no campo que declara de sua competência (serviço público), seja no campo reservado à iniciativa privada – produção de mercado. Em ambos os casos, as atividades desenvolvidas revestem-se de natureza econômica, sendo, por isso, particularmente complexa a tarefa de fixar os limites entre uma e outra, conforme, aliás, será demonstrado na seqüência.

1.3 SERVIÇO PÚBLICO E PRODUÇÃO DE MERCADO

A evolução das noções de público e privado ao longo do tempo e, principalmente, o sentido que estas esferas assumem em face do capitalismo, prestam-se, de certa forma, a explicar por que a delimitação das áreas específicas de atuação do Estado e dos particulares no domínio econômico continua a desafiar a doutrina.

⁷⁹*"Es ya universal la aceptación de que le corresponde al Estado la tarea de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del sistema económico, junto con la nueva tarea – particularmente destacada por las Constituciones más recientes – de coordinar las exigencias del desarrollo económico con las de la justicia social y del pleno desarrollo de la persona humana."* (GALGANO. Francesco. **Derecho comercial**: el empresario. Tradução de: Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999. v.1. p.121-122).

⁸⁰No Brasil, o modelo de bem-estar é consagrado pela Constituição Federal de 1988, que alberga princípios típicos do capitalismo, como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, estabelecendo, simultaneamente, preceitos que visam a garantir uma ordem econômica mais justa e equilibrada como a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento especial para as pequenas empresas nacionais (cf. arts. 1.º e 170 da CF/88).

Como antes assinalado, à medida que a incapacidade de auto-regulação ameaça o capitalismo, a intervenção estatal passa a ser obrigatória para garantir a sobrevivência do sistema. Com esse mister, além de adotar medidas de disciplina e fomento da economia, o Estado atua diretamente na seara econômica ofertando serviços públicos e desenvolvendo atividades típicas de mercado – *produção de mercado*.

Mas o que qualifica uma atividade como *serviço público* e no que ela se distingue da *produção de mercado*?

Inicialmente, há que se ressaltar que o exame da questão enseja dois tipos de abordagem – a econômica e a jurídica. Sob a ótica da economia, a idéia de serviço público pode ser desenvolvida a partir de critérios como o da "não-exclusão", segundo o qual o caráter público do serviço é determinado pela inviabilidade de ser o seu consumo restringido àqueles que pagam o respectivo preço. Para ilustrar essa circunstância, Eugênio Miguel Cánepa destaca:

...o caso típico, provavelmente conhecido de muitos leitores, do serviço de segurança privada contratada por iniciativa de alguns moradores, seja num quarteirão, seja num condomínio. No começo, tudo vai bem e a criminalidade cai verticalmente, mas em pouco tempo a experiência acaba. É que logo os recalcitrantes percebem que, uma vez produzida a segurança, eles não podem ser excluídos de seu benefício e entram de "carona" (*free riders*). Aos poucos, os pioneiros percebem que estão arcando com todos os custos de algo que não os beneficia exclusivamente. A experiência acaba não por insucesso em seus fins, mas pela característica de bem público do item segurança. Sem a existência de uma instância superior que obrigue os "caronas" a entrar com sua cota de contribuição, nada feito. Não é mera coincidência se vierem à mente do leitor os termos *Estado e imposto*.⁸¹

Outro aspecto de índole econômica que se reflete no conceito de serviço público corresponde à dificuldade que têm determinados bens e serviços de se submeterem à política de preços de mercado, cuja formação resulta da remuneração dos custos de produção acrescida da correspondente taxa de lucro. Isto, aliás, é o que se verifica quando recursos naturais abundantes são apropriados no processo de

⁸¹CÁNEPA, Eugênio Miguel. Economia do meio ambiente e dos recursos naturais. In: SOUZA, Nali de Jesus (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.418.

produção como matéria-prima principal, pois, em vista do evidente interesse coletivo que esses recursos representam, o seu valor não pode ser devidamente dimensionado e, em conseqüência, "jamais o preço de seu produto refletirá o custo da produção". Nessa hipótese, por exemplo, enquadra-se o fornecimento de energia elétrica e água: "com base no não ajustamento destas produções à regulação do mercado e na importância de seus fatores e produtos para toda a sociedade, são elas identificadas como atividades de interesse coletivo, serviço público, e o poder de decisão da produção passa a ser de titularidade do Estado".⁸²

Para usar a linguagem de Offe⁸³, o serviço público compreenderia também o conjunto das atividades *desmercantilizadas*, ou seja, aquelas cujo "valor de uso já não se encontra guiado pela forma de racionalidade apropriada à conduta do mercado". Exemplificativamente, isto é o que se observa em relação aos serviços de saúde, pois "é evidente que não se vende no mercado e que, ademais, sua quantidade, qualidade e periodicidade e distribuição geográfica não se encontram determinadas diretamente por critérios de mercado".⁸⁴

⁸²DERANI, op. cit., p.181-182.

⁸³"Hablo de ciertas organizaciones como desmercantilizadas porque su suministro de valores de uso ya no se encuentra guiado por la forma de racionalidad apropiada a la conducta de mercado. Si consideramos los 'productos' del trabajo del personal hospitalario, por ejemplo, es evidente que no se vende en el mercado y que, además, su cantidad, calidad, periodicidad y distribución geográfica no se hallan determinados directamente por criterios de mercado." (OFFE, op. cit., p.268).

⁸⁴Assim como o "valor de troca", o "valor de uso" constitui um atributo da mercadoria. Conforme ressalta Afrânio Mendes Catani, "a utilidade de uma coisa faz dela um *valor de uso*, isto é, tem uma utilidade específica para o consumidor. Conseqüentemente, pode-se afirmar que as mercadorias diferenciam-se umas das outras pelo seu valor de uso, uma vez que a cada necessidade específica corresponde uma mercadoria com características específicas. Por sua vez o *valor de troca* (ou simplesmente o *valor*) poderia ser caracterizado como sendo a relação ou a proporção na troca de um certo número de valores de uso de uma espécie contra um certo número de valores de uso de outra espécie. (...) As mercadorias específicas já não se defrontam mutuamente na troca, antes são permutadas por dinheiro. A troca, conseqüentemente, cinde-se em duas partes: a transformação da mercadoria em dinheiro (venda) e do dinheiro em mercadoria (compra). Assim, o dinheiro é o intermediário da troca de mercadorias, servindo como meio de circulação" (CATANI, Afrânio Mendes. **O que é capitalismo?** 22.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986. p.20-30).

Um fator que igualmente determina a qualificação de parcela da atividade econômica como serviço público guarda correspondência com os "monopólios naturais" que se formam, de ordinário, nos serviços dependentes de um sistema de rede. Como salienta Calixto Salomão Filho,

...além dos altos custos, as redes criam os chamados retornos crescentes de escala, *i.e.*, quanto mais consumidores fazem parte da rede, mais útil é ela para o próximo consumidor. Dessa forma, não há qualquer estímulo, seja do ponto de vista do custo ou da utilidade, para o consumidor escolher a rede concorrente (a não ser que a rede concorrente agregue novos serviços, o que vem crescentemente acontecendo). A sua construção é, então, inconveniente. Se assim é, então as redes já construídas passam a desempenhar um papel fundamental. Só nelas poderá se desenvolver qualquer tipo de concorrência e só através delas o consumidor poderá ser atendido. Essas redes são o elemento básico para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detêm.⁸⁵

À evidência, para garantir o acesso dos consumidores a essa rede, impõe-se submetê-la a um regime de serviço público, pautado no princípio da universalização, já que, nessa hipótese, à ânsia especulativa do mercado não interessaria estendê-la "até consumidores longínquos e sem poder aquisitivo".⁸⁶

Contudo, apesar de constituir importante guia para os juristas, as retro descritas peculiaridades econômicas do serviço público não chegam a influenciar a sua definição jurídica ao ponto de eliminar a controvérsia que ainda paira sobre o tema.

Aliás, a ausência de uniformidade conceitual no tocante ao serviço público decorre, num primeiro momento, da diversidade de perspectivas sob as quais, tradicionalmente, repousa a sua análise. Assim, sua definição pode ser alcançada a partir da sua titularidade (critério subjetivo) – "serviço público seria aquele prestado pelo Estado"; da sua natureza intrínseca (critério material) – "serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas"; ou de seu

⁸⁵SALOMÃO FILHO, **Regulação...**, op. cit., p.43.

⁸⁶SALOMÃO FILHO, **Regulação...**, op. cit., p.57.

regime (critério formal) – "serviço público seria aquele exercido sob regime de Direito Público derogatório e exorbitante do Direito Comum".⁸⁷

De modo isolado, todavia, nenhum desses enfoques oferece um encaminhamento satisfatório para o problema. Sob o ponto de vista da titularidade, a questão não suscitaria maiores dúvidas se pudesse ser lastreada apenas na suposição de que o serviço público compreende as atividades que o Estado declara ser de sua competência, excluindo, assim, a possibilidade de sua execução ser realizada por particulares sem prévia delegação. Porém, nem todas as atividades cuja execução compete ao Estado podem ser consideradas serviço público, dado que dentre estas se incluem as chamadas *funções públicas*, ou seja, aquelas atividades que estão diretamente relacionadas aos fins que justificam a própria existência do ente estatal, como a justiça, a segurança, a arrecadação de tributos, etc. Por serem expressão da soberania estatal⁸⁸, estas *funções públicas* caracterizam-se pela irrenunciabilidade e pela indelegabilidade, não se enquadrando, por conseqüência, na noção de serviço público em sua estrita acepção. Aliás, com a ampliação das metas do Estado de Bem-Estar, mesmo atividades econômicas como a saúde e a educação

⁸⁷GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.42.

⁸⁸"La doctrina italiana distingue, por un lado, la 'función pública', aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales, en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así, toda su actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc..." (ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico** (com la colaboración de Juan Miguel de La Cuétera e Lucía López de Castro García – Morato). Granada: Fundación de Estudios de Regulación-Comares, 1999. p.491).

passaram a integrar o elenco das *funções públicas*, consubstanciando um dever estatal igualmente irrenunciável.⁸⁹

Demais disso, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado não se restringe à prestação de serviço público, podendo, como se verá mais adiante, o ente estatal dedicar-se a atividades típicas de mercado (produção de mercado).

No tocante ao critério material, convém destacar que a tendência de se relacionar a essência do serviço público às *necessidades coletivas* não traduz uma alternativa totalmente segura para se alcançar a sua noção, porquanto há atividades que, apesar do notório interesse que possam representar para a coletividade, assim não se qualificam. Isto é o que se observa, por exemplo, em relação à produção e distribuição de alimentos. Ninguém nega que essas atividades estejam diretamente relacionadas ao atendimento de *necessidades coletivas*, porém esta particularidade não leva a doutrina a incluí-las no rol dos serviços públicos.⁹⁰ Sem embargo de tal objeção, insta notar que, materialmente, a noção de serviço público guarda correspondência com os "assuntos [econômicos] coletivos dos cidadãos", pois resulta da transposição para a doutrina liberal do "serviço ao Rei" operada a partir da mudança da titularidade da soberania – do rei para o povo.⁹¹

⁸⁹Fernando Herren Aguillar assinala que "os serviços de saúde e educação são necessariamente desenvolvidos pelo Estado, *que não pode deixar de fazê-lo* [cf. artigos 196 e 205 da CF/88]. Porém, na atual sistemática constitucional, saúde e educação são atividades livres aos participantes que desejarem explorá-las". São, desse modo, "funções estatais irrenunciáveis pelo Estado, ainda que não em regime de exclusividade". E acrescenta: "se saúde e educação fossem serviços públicos não poderiam ser livremente desempenhados pela iniciativa privada, ou então o artigo 175 da Constituição teria que ser tomado como letra morta, o que é inadmissível" (AGUILLAR, op. cit., p.139 e 152). Em sentido contrário, Eros Roberto Grau sustenta que saúde e educação constituem modalidades de *serviço público não privativo*, quando prestados pelo Estado, e *atividade econômica em sentido estrito* quando explorados por particulares (GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.147).

⁹⁰AGUILLAR, op. cit., p.145-146.

⁹¹"*La idea del servicio público, inicialmente, fue un concepto socio-político, algo así como la trasposición liberal de 'servicio al Rey', que surge justamente bajo una determinada concepción del dualismo Estado-Sociedad, propio de la Revolución Francesa. (...) El servicio público – escribe Meilán – 'sucede al servicio al Rey, porque se ha operado una substitución en la titularidad de la soberanía'. Ahora bien, este concepto tiene también otra dimensión: se trata de actividades destinadas al servicio del público, esto es, acciones a través de las cuales se asegura a los ciudadanos la satisfacción de una necesidad sin que cada ciudadano tenga que atender personalmente al cuidado de ella.*" (ORTIZ, op. cit., p.480-481).

Por fim, com relação ao critério formal, muitas são as críticas desferidas contra a tese de que o serviço público se identifica simplesmente a partir do regime jurídico que lhe é dispensado. Em geral, afirma-se que essa proposição privilegia a forma em detrimento do conteúdo, ao mesmo tempo que deflagra um "raciocínio circular" – é a lei que define serviço público e serviço público é aquilo que é definido pela lei.⁹²

Considerando individualmente insuficientes os critérios supra, boa parte dos publicistas afirma que somente a conjugação de todos eles poderia embasar a conceituação pretendida.⁹³ Porém, constata-se que, no mais das vezes, a doutrina põe em destaque ou o critério material ou o critério formal, havendo então os que optam por sobrelevar o primeiro – os essencialistas – e os que preferem enfatizar o segundo – os convencionalistas-legalistas.

Para os essencialistas, o serviço público assenta-se na *necessidade coletiva* e, dessa forma, só será serviço público a atividade que apresentar essa característica.⁹⁴ Já os convencionalistas-legalistas consideram serviço público

⁹²DERANI, op. cit., p.63.

⁹³Nessa linha posiciona-se FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p.75. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas os critérios material e formal integram a noção de serviço público (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003. p.615).

⁹⁴De certo modo, o essencialismo permeia a doutrina de Cristiane Derani, porquanto esta defende que o caráter público de determinado serviço deve obedecer a um critério precipuamente teleológico, devendo ser assim concebida toda atividade diretamente voltada ao atendimento de uma necessidade ou interesse coletivo. Ressalta, entretanto, que, como as necessidades ou interesses da coletividade são suscetíveis às injunções da história, ao Poder Público caberá identificá-los e avaliar a oportunidade de seu atendimento por via do serviço público, isso sem perder de vista que o seu conteúdo deverá sempre guardar correspondência com os "princípios-essência da Constituição" (DERANI, op. cit., p.61-65).

apenas o que a legislação disciplina como tal, não se valendo, para tanto, de elementos que estejam situados fora do direito positivo.⁹⁵

Criticando o critério formal, mas ao mesmo tempo recusando o rótulo de *essencialista*, Eros Roberto Grau assevera que não há possibilidade de se conceituar serviço público, uma vez que, por serem infensos ao tempo, os conceitos não registram as mutações históricas inerentes a essa atividade estatal. Conseqüentemente, afigura-se mais apropriado recorrer à "*historicidade das noções*" para se determinar como serviço público "a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social".⁹⁶

A despeito de toda a celeuma, é possível divisar um ponto para o qual as opiniões tendem a convergir quando a análise se centra no ordenamento jurídico pátrio – a indicação do texto constitucional como referencial para a identificação do serviço público, seja como parâmetro, seja como limite.⁹⁷

Assim, partindo-se do pressuposto de que todo serviço público expressa uma atividade econômica de interesse coletivo ou social, mas nem toda atividade econômica

⁹⁵Nesse grupo enquadra-se Fernando Herren Aguillar, para quem a Constituição apresenta uma "listagem taxativa" dos serviços públicos quando trata da competência administrativa dos entes federados (artigos 21, 30, V e 25, § 2.º CF/88). Segundo esse autor, apenas por emenda constitucional esse elenco de serviços públicos poderia ser ampliado ou reduzido, não se admitindo a sua inovação por via de lei ordinária (AGUILLAR, op. cit., p.133 e 135). Em sentido contrário, cite-se: MELLO, **Curso**..., op. cit., p.415.

⁹⁶GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.142 e 155-159. A despeito de sua negativa, observa-se que o autor assume uma postura mais próxima da corrente essencialista quando vincula a noção de serviço público "às idéias de *coesão* e de *interdependência social*". Esse traço de essencialismo, aliás, restou evidenciado na análise que Grau faz dos "serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território". Segundo ele, a atribuição de tais atividades da competência da União (artigo 21, XII, *d*, da CF/88) não lhes confere o *status* de serviço público, pois para tanto deve-se verificar se "a sua prestação é *indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social* (Duguit) ou que ele corresponda a um *serviço essencial, relativamente à sociedade* (Cirne Lima)".

⁹⁷Nesse sentido, orienta-se GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.158; DERANI, op. cit., p.72; AGUILLAR, op. cit., p.117.

de interesse coletivo ou social⁹⁸ traduz-se em serviço público, conclui-se que a conformação das atividades que demandam a atuação estatal através da prestação de serviços públicos há que ser buscada, necessariamente, na Constituição.⁹⁹

Entretanto, esta assertiva não põe fim ao problema, pois, se a Carta Constitucional elenca alguns serviços públicos clássicos¹⁰⁰, do seu texto não podem ser extraídos os elementos necessários à configuração definitiva desse conceito¹⁰¹, principalmente em um período marcado por profundas mutações em seus paradigmas tradicionais. Processos recentemente deflagrados em diversas partes do mundo, como a quebra dos monopólios públicos, a transferência das empresas estatais ao setor privado, a consagração da *concorrência* como princípio máximo de

⁹⁸Segundo Eros Roberto Grau a expressão "interesse público" corresponde ao gênero que engloba as espécies interesse social e interesse coletivo (GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.153).

⁹⁹JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p.17.

¹⁰⁰Artigo 21, incisos XI (telecomunicações) e XII (radiodifusão, energia elétrica, navegação, infra-estrutura portuária, transporte ferroviário e aquaviário interestadual e internacional, exploração de portos marítimos, fluviais e lacustres), bem como artigos 25, § 2.º (gás canalizado) e 30, V (transporte coletivo municipal).

¹⁰¹Nesse sentido veja-se que, nos termos do artigo 175 da CF/88, o serviço público corresponde à atividade econômica explorada pelo Estado, diretamente ou por intermédio de concessão ou permissão, inferindo-se daí que as atividades elencadas nos artigos 25, § 2.º e 30, V, porque submetidas a esse regime, enquadram-se perfeitamente nessa acepção. Todavia, a mesma certeza não subsiste em relação aos serviços listados nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição, pois, com referência a estes, o legislador constituinte estatuiu a possibilidade de ser a sua exploração transferida aos particulares não apenas mediante concessão ou permissão, mas também por meio da autorização, uma espécie de delegação estatal que não se compatibiliza com o regime de serviço público previsto no retro citado artigo 175. Diante dessa particularidade, especula-se: nos termos dos incisos XI e XII do artigo 21, a autorização pode ser considerada uma nova modalidade de delegação de serviço público? Segundo Fernando Herren Aguilar, o serviço público somente pode ser delegado aos particulares através da concessão e da permissão, sendo a autorização absolutamente imprópria para tal finalidade. Por conseguinte, entende o autor que a referência à "autorização" contida nos incisos XI e XII do artigo 21 só pode ser compreendida a partir da suposição de que, ao lado dos serviços públicos, essas disposições normativas contemplam também atividades a serem desenvolvidas sob o regime privado cujo exercício dependeria apenas "de um ato prévio por parte do Estado" (AGUILLAR, op. cit., p.271). Apesar da plausibilidade desse entendimento, é inegável que essa nova orientação, introduzida pela Emenda Constitucional n.º 8/95, tende a inserir mais dúvidas e certezas quanto à identificação dos serviços públicos arrolados nos dispositivos citados.

regência da economia, a substituição do Estado empresário pelo Estado regulador e a adoção pela Administração Pública de uma gestão de perfil empresarial dão o tom dessa mudança.¹⁰²

Na leitura que faz Carlos Ari Sundfeld:

Os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo sucessivos choques de alta tensão. Telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de "serviço público", se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadoras, suscitando a aplicação do "Direito da Concorrência" (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la.¹⁰³

Registra Vital Moreira que esses ventos sopram com intensidade na União Européia, onde os serviços públicos foram substituídos pelos Siegs – "serviços de interesse econômico geral", que têm como principais características:

a) A "*mercadorização*" dos serviços públicos, que passaram a ser prestações disponíveis no mercado por um preço, muitas vezes em concorrência; b) A conseqüente transformação dos *utentes* de serviços públicos em *consumidores* ou *clientes*; c) A *liberdade de escolha de fornecedor ou prestador*, passando o serviço público a ser uma figura subsidiária do mercado, no caso de o interessado não encontrar neste condições de fornecimento adequadas.¹⁰⁴

Afirma o autor português que "a noção de Sieg surgiu como forma de compatibilizar a idéia de serviço público com o mercado. Ela foi a porta por onde o mercado invadiu muitas esferas dos serviços públicos que antes estavam fora dele". Adverte, todavia, que essas transformações de cunho mercadológico não podem ser tomadas como presságio do fim dos serviços públicos, uma vez que muitas atividades ainda conservam esse "figurino tradicional". Além disso, a imposição de "obrigações de serviço público" aos agentes privados tem, no seu entender,

¹⁰²MOREIRA, op. cit., p.238-239.

¹⁰³SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.161.

¹⁰⁴MOREIRA, op. cit., p.239-240.

produzido resultados satisfatórios, "tanto mais que, em vários casos, a liberalização e privatização dos antigos serviços públicos resultou em baixa de preços e diversificação da oferta de serviços (telecomunicações, transportes aéreos e marítimos, eletricidade)".¹⁰⁵

Diante dessa nova realidade¹⁰⁶, há que se concluir que o serviço público é um conceito em constante evolução e a Constituição é um dinamismo que incorpora o ir e vir das ondas que definem as fronteiras mais amplas ou mais estreitas da atuação estatal, ditado, a rigor, pelo embate das "forças sociais em um determinado momento" histórico.¹⁰⁷ Urge considerar, nessa linha, que essas "forças sociais" também são conformadas pela ordem constitucional capitalista – de um lado, o *capital* empenha-se na luta para que lhe seja reservada a exploração exclusiva das atividades econômicas rentáveis; do outro, o *trabalho* envida todos os esforços para que seja provido pelo Estado, de forma não especulativa, "o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*".¹⁰⁸ Desse confronto resulta a demarcação do espaço reservado ao Estado e aos particulares na economia, sendo

¹⁰⁵MOREIRA, op. cit., p.246 247.

¹⁰⁶Essa mercantilização dos serviços públicos suscita uma importante indagação de ordem terminológica – seria possível ainda se utilizar a expressão *produção fora de mercado* como sinônima de serviço público? Ao que parece, a resposta haverá que ser positiva, porquanto, mesmo quando os serviços públicos são explorados pelo setor privado em regime de concorrência, "jamais o preço de seu produto refletirá o custo da produção" ou será fixado a partir da incidência da clássica regra da *oferta e procura*. Em conseqüência, é "com base no não ajustamento destas produções à regulação do mercado" que estas atividades podem ainda ser consideradas *fora de mercado* (cf. DERANI, op. cit., p.181). Além disso, como as "obrigações de serviço público" impostas aos particulares "se traduzem necessariamente em prestar serviços por preços abaixo do custo", há necessidade de se buscar *fora do mercado* mecanismos de compensação financeira que podem consistir: a) na criação de uma *taxa de contribuição especial*; b) na instituição de *um fundo de financiamento*; c) ou na concessão de *subsídio público* (MOREIRA, op. cit., p.242).

¹⁰⁷GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.159.

¹⁰⁸GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.140-141.

inexato sustentar então que há atividades públicas ou privadas por natureza, inclusive porque essa natureza varia no tempo e, acrescente-se, no espaço.¹⁰⁹

Como se vê, grandes, conhecidos e reconhecidos são os obstáculos que se interpõem à demarcação precisa dos limites do público e do privado nos domínios da economia. Contudo, a doutrina é praticamente uníssona em afirmar que essa distinção é de rigor¹¹⁰, porque a ação direta do Estado nessa esfera não se restringe à prestação de serviço público, sendo-lhe assegurada a atuação também no âmbito da atividade econômica em sentido estrito, seja em concorrência com a iniciativa privada (*produção de mercado*), seja em regime de monopólio constitucional. No primeiro caso, o agente econômico público explora o modo específico de produção econômica em que "a reunião de riquezas sociais para a elaboração de um produto final alcança um preço de mercado".¹¹¹

Na *produção de mercado*, o Estado desenvolve atividades de índole comercial e industrial, atuando como agente econômico¹¹² em uma área da economia capitalista que, de ordinário, é reservada aos particulares. Diferentemente do que se verifica quando age como prestador de serviço público, o interesse que o move neste

¹⁰⁹A respeito, adverte Vital Moreira que "não existe nenhum elenco 'natural' de serviços públicos. Os serviços públicos são fruto da história e da geografia. Embora exista um conjunto de serviços públicos comuns à generalidade dos países, nem por isso deixa de haver diferenças mais ou menos acentuadas" (MOREIRA, op. cit., p.230).

¹¹⁰Nesse sentido, ver: GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.141; AGUILLAR, op. cit., p.123-125; MOREIRA, op. cit., p.231.

¹¹¹DERANI, op. cit., p.180.

¹¹²Em economia, a expressão agente econômico designa os participantes do "processo produtivo, realizando as transações econômicas que se procura medir. A empresa é o agente que contrata fatores de produção e os utiliza para transformar elementos da natureza em bens e serviços que são vendidos no mercado. (...) As empresas podem ser públicas ou privadas, nacionais ou multinacionais. Além disso, qualquer pessoa, ao contratar fatores de produção, está agindo como empresa. Neste sentido, o conceito de empresa não está associado aos aspectos legais que, em geral, são necessários para que se conceitue uma entidade como empresa na linguagem corrente" (SPOHR, Paulo Alexandre. Contabilidade social. In: SOUZA, Nali de Jesus (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997. p.164).

caso apenas de forma indireta alcança a "satisfação das necessidades da coletividade", já que a sua ação nesse campo tem em mira, basicamente, "o desenvolvimento da produção econômica, na realização de atividades estratégicas e de segurança".¹¹³

Narra Marçal Justen Filho que a delimitação da atividade econômica em sentido estrito, na qual se inclui a produção de mercado, dá-se

Por inclusão, na medida em que se identifica um núcleo fundamental. São atividades relacionadas com a produção, circulação e prestação de bens econômicos e de utilidades economicamente avaliáveis, a partir da livre organização dos fatores da produção e da apropriação privada dos resultados. Por exclusão, na medida em que se reputa que o conceito não abrange aquilo que a Constituição dele excluiu. Não se incluem no conceito de atividade econômica em sentido estrito certas atividades que a Constituição qualificou como serviço público – mesmo que tais atividades tenham cunho "econômico" ou sejam potencialmente "lucrativas".¹¹⁴

Trata-se, portanto, de ação dirigida, principalmente, ao equilíbrio do mercado e das relações capitalistas, desenvolvendo o Estado, nesse sentido, uma *atividade econômica em sentido estrito*¹¹⁵, sob o regime de concorrência com a iniciativa privada.

Na Constituição Federal de 1988, a atuação estatal na esfera da "produção de mercado" rege-se pelo artigo 173, que a admite apenas "quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Nestes termos, pode-se afirmar que, por constituir atividade deferida prioritariamente à exploração do agente econômico privado (empresa

¹¹³DERANI, op. cit., p.67.

¹¹⁴JUSTEN FILHO, **Teoria...**, op. cit., p.36.

¹¹⁵Eros Roberto Grau utiliza a expressão "atividade econômica em sentido amplo" como gênero, do qual "serviço público" e "atividade econômica em sentido estrito" seriam espécies. Esta última categoria inclui tanto a atividade econômica desenvolvida pelo Estado em regime de concorrência com a iniciativa privada (cf. art. 173 da CF/88), neste trabalho chamada de *produção de mercado*, quanto a atividade econômica explorada pelo Estado em regime de monopólio (cf. art. 177 da CF/88) (GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.140). Cristiane Derani, entretanto, prefere referir-se a "serviço público em sentido amplo" como gênero do qual são espécies os "serviços públicos inscritos no mercado" e os "serviços inscritos fora-de-mercado" (DERANI, op. cit., p.66).

privada), o agente econômico público (Estado empresário) somente está autorizado a explorá-la em condições excepcionais.¹¹⁶

O Poder Público e os particulares exploram a *produção de mercado* em igualdade de condições, mas diferentes são os motivos que levam cada um deles a dedicar-se a essa exploração.

Destarte, semelhanças e diferenças marcam a atuação do Estado empresário e da empresa privada nesta específica modalidade de atividade econômica, e é exatamente delas que tratarão os dois próximos capítulos.

¹¹⁶Sobre as condições excepcionais de atuação do Estado na *produção de mercado*, ver capítulo 3 infra.

2 O AGENTE ECONÔMICO PRIVADO

2.1 A EMPRESA NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A participação dos agentes econômicos na produção de mercado desenvolve-se sob a regência do princípio da livre iniciativa privada, que, de uma parte, corresponde à "liberdade de iniciar" um empreendimento "(direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, à liberdade de gestão" e desenvolvimento da atividade empresarial "(liberdade de empresa, liberdade de empresário)".¹¹⁷ Em vista disso, é certo afirmar que essa específica atividade produtiva tem na empresa privada o seu principal agente.

Considerada a célula propulsora da economia, dado que em torno de si "gravitam vários agentes econômicos não-assalariados, como os investidores de capital, os fornecedores, os prestadores de serviço"¹¹⁸, entre outros, até pouco tempo a empresa e o seu titular, o empresário, permaneceram distantes do direito brasileiro que, sob a orientação do antigo Código Comercial de 1850, apenas conhecia as figuras do comerciante individual e da sociedade mercantil.

Promulgada pelo então Imperador D. Pedro II, essa codificação mercantil apresentava orientação próxima do *Côde de Commerce* francês, notadamente no que diz respeito à teoria dos atos de comércio e à bipartição da "disciplina privada da atividade econômica" em direito civil e direito comercial.¹¹⁹

Gradativamente, essa dicotomia foi se tornando mais branda, passando a legislação superveniente ao Código Comercial de 1850 a admitir a extensão do

¹¹⁷CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v.1. p.328.

¹¹⁸COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial: estudos e pareceres**. São Paulo: Saraiva, 1995. p.3.

¹¹⁹COELHO, op. cit., p.22.

*direito do comerciante a pessoas, físicas ou jurídicas, que não tinham sua atividade econômica dirigida à prática de atos de comércio.*¹²⁰

Em época recente, de modo especial a partir dos anos sessenta¹²¹, o direito brasileiro se distanciou ainda mais da tradição francesa, incorporando na doutrina, jurisprudência e em vários textos legislativos¹²² a teoria da empresa, numa clara tendência de aproximação do sistema italiano que acabou por se consolidar na unificação parcial¹²³ da disciplina da atividade econômica privada, levada a efeito pelo Código Civil de 2002.¹²⁴

¹²⁰Para ilustrar essa situação, Rubens Requião cita como exemplo a "declaração legislativa da comercialidade das empresas de construção civil", bem como a sujeição das incorporadoras imobiliárias ao processo falimentar (REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1. p.21-22).

¹²¹COELHO, op. cit., p.23.

¹²²Exemplificativamente, arts. 2.º da CLT e 15 da Lei n.º 8.884/94.

¹²³Acerca da unificação, Luiz Gastão Paes de Barros Leães adverte que: "o novo Código Civil brasileiro não teve o propósito de promover a unificação de todo o Direito Privado, mas, apenas, a unificação do Direito comum em matéria de obrigações; assim como não alimentava a ambição de abranger todas as relações privadas, mas tão-somente a de se constituir como ' lei básica, mas não global, do direito privado, conservando, em seu âmbito, o direito das obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis' . (...) Daí que o novo Código revoga, além do Código Civil anterior (Lei n.º 3.071, de 1.º de janeiro de 1916), apenas a parte primeira do Código Comercial, relativa ao ' comércio em geral' (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), mantendo, assim, o Direito Privado dividido em dois códigos, permanecendo o Código Comercial emasculado, contendo apenas a parte relativa ao comércio marítimo (art. 2.045), com a ressalva adicional de que, salvo disposição em contrário, ' aplicam-se aos empresários e às sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis' (art. 2.037)" (LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.128, p.7-14, out./dez. 2002. p.9).

¹²⁴Antes mesmo da vigência do Código Civil de 2002, Waldírio Bulgarelli ressaltava que "de há muito – e é incontroverso – se questiona o ordenamento jurídico ditado para o comerciante com base no vetusto Código Comercial de 1850, como estatuto corporativo, de classe, agora, em grande parte, inservível perante as novas realidades, em que pesem as alterações introduzidas por leis mais modernas e a própria postura do aplicador das leis. Não se pense, afinal, que o sistema jurídico brasileiro não tenha sabido enfrentar as transformações econômicas. Pelo contrário, é de certa forma confortador verificar que, mesmo sem uma normação moderna, o gênio jurídico pátrio soube ajustar os velhos preceitos às novas realidades" (BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa: análise jurídica da empresarialidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p.4).

Nos artigos 966 a 1.195, esse novo diploma legal sistematiza o *Direito de Empresa* sem enunciar o conceito do seu objeto, tendo preferido o legislador fazê-lo indiretamente, a partir da conceituação de empresário. Embora não tenham sido expostas as razões que conduziram a tal opção legislativa, pode-se especular que o insucesso da doutrina pátria na missão de estabelecer um delineamento jurídico da empresa talvez tenha determinado essa circunstância.¹²⁵

Aliás, há muito Alberto Asquini diagnosticou o problema, situando-o na constatação de que somente sob o ponto de vista econômico é possível se obter um conceito unitário de empresa. Juridicamente, esse fenômeno apresenta conotações diversas "em relação aos diversos elementos que o integram"¹²⁶.

Na visão desse autor, a empresa deve ser examinada a partir de quatro diferentes perfis: a) *perfil subjetivo* – a empresa como empresário; b) *perfil patrimonial ou objetivo* – a empresa como estabelecimento; c) *perfil funcional* – a empresa como atividade empresarial; d) *perfil corporativo ou institucional* – a empresa como instituição.¹²⁷

Os três primeiros perfis foram traçados por Asquini a partir das disposições expressas no Código Civil italiano, as quais, como se verá logo adiante, repercutiram diretamente na disciplina da matéria no Código Civil brasileiro. Com relação ao perfil corporativo, no entanto, a sua efetiva configuração encontra forte resistência, principalmente na doutrina de Francesco Ferrara, para quem:

¹²⁵Os esforços frustrados da doutrina brasileira nesse sentido são narrados sucintamente por Rubens Requião (op. cit., p.56-58).

¹²⁶ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.104, p.109, out./dez. 1996.

¹²⁷Os elementos indicadores da natureza institucional são os seguintes: finalidade comum, com proveito social superando os objetivos egoísticos do empresário (lucro) e dos empregados (salário); "o poder ordenatório do empresário, em relação aos seus subordinados; a relação de cooperação entre esses; a conseqüente formação de um ordenamento interno da empresa, que confere às relações de trabalho, além do aspecto contratual e patrimonial, um particular aspecto institucional" (ASQUINI, op. cit., p.124).

...nenhuma norma se pode encontrar, com segurança, em que a palavra empresa possa ser utilizada no último sentido [perfil corporativo], de organização do pessoal, porque, na realidade, os quatro sentidos do termo – os quatro perfis de que falou Asquini – se traduzem a três. Pode-se observar, porém, que, fora dos casos em que a palavra se emprega em sentido impróprio e figurado de empresário ou de estabelecimento, e que deve o intérprete retificar, a única significação que resta é a de atividade econômica organizada, posta já, em outra parte, em relevo, por Carnelutti e Messineo.¹²⁸

Comentando a ideologia que informou a promulgação do *Codice Civile* de 1942, Francesco Galgano¹²⁹ pontifica que, sem deixar de admitir a propriedade privada dos meios de produção, os ideólogos corporativistas conceberam a empresa como instrumento eficiente para a persecução dos interesses nacionais, determinando, então, que o lucro por ela gerado corresponderia à remuneração que o empresário perceberia pelo trabalho atinente à sua organização. E, como organizador, o empresário também seria, assim, um trabalhador.

De acordo com o jurista italiano, o equívoco dessa ideologia fascista não se encontra propriamente na consideração do empresário como trabalhador, pois o próprio Marx reconhecera que a direção e supervisão era também uma forma de trabalho. O engano, segundo ele, consistiu em localizar neste trabalho o elemento hábil a igualar o empresário e seus dependentes, tomando-os todos como membros de uma mesma *comunidade de trabalho*.

A despeito dos seus laços com o fascismo, o tratamento dispensado à empresa pelo *Codice Civile* teve boa aceitação na doutrina italiana. Para além disso, a posterior revogação de dispositivos de "função meramente apologética do regime

¹²⁸“...ninguna norma puede encontrarse con seguridad en que la voz empresa deba utilizarse en el último sentido de organización personal, porque, en realidad, las cuatro acepciones del término – los cuatro perfiles de que habla Asquini – se reducen a tres. Pero puede observarse que, fuera de los casos en que la palabra se emplea en sentido impropio y figurado de empresario o de hacienda, y que ha de rectificar el intérprete, la única significación que queda es la de la actividad económica organizada, puesta ya, por otra parte, de relieve por Carnelutti y Messineo” (FERRARA, Francesco. **Teoría jurídica de la hacienda mercantil**. Traducción y concordancias con em derecho español por Jose Maria Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950. p.94).

¹²⁹GALGANO, op. cit., p.29-30.

fascista" foi suficiente para conformar aquela legislação "às características do ordenamento posterior à Guerra".¹³⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, anota Waldírio Bulgarelli que o novo Código Civil "captou o fenômeno sócio-econômico da empresa, pelos perfis de Asquini, excluído o corporativo ou institucional".¹³¹

Entretanto, mesmo a afirmação de que a empresa se projeta no plano jurídico nacional apenas sob os perfis subjetivo, objetivo e funcional deve ser devidamente sopesada. Como é sabido, a parte afigura-se insuficiente para esgotar a noção do todo e, por isso, o destaque de um dos elementos da empresa não indica que os demais possam ser desconsiderados na apreensão do seu conceito.

Por conseguinte, mesmo quando a lei utiliza o termo empresa para referir-se à atividade empresarial (perfil funcional), não se pode perder de vista que esta somente se desenvolve com a ação do empresário (perfil subjetivo), mediante a exploração do patrimônio especialmente organizado para essa finalidade, o estabelecimento (perfil objetivo).¹³²

Isto posto, cumpre agora estabelecer a noção da empresa privada no novo Código Civil, examinando os perfis nele delineados.

2.1.1 O Empresário

O artigo 966 do Código Civil de 2002 define como empresário "*quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços*".

¹³⁰JUSTEN FILHO, Empresa..., op. cit., p.114.

¹³¹BULGARELLI, op. cit., p.325.

¹³²Para Asquini, o exame da empresa sob diferentes perfis visa à construção de uma disciplina jurídica mais completa e adequada, sem com isso se pretender o rompimento da unidade do conceito econômico que lhe dá substância (ASQUINI, op. cit., p.125).

Ao contrário do Código Civil italiano, que enumera algumas atividades que identificam o seu exercente como empresário¹³³, o legislador nacional preferiu restringir essa identificação à coexistência dos elementos genéricos previstos no supra-referido artigo 966. Assim, para a qualificação do empresário são indispensáveis: a) a organização, referente à "coordenação dos fatores de produção: trabalho, capital e natureza"; b) a profissionalidade, correspondente ao "exercício habitual e sistemático"; c) a economicidade, "tomada na acepção de criação de riquezas".¹³⁴

Grande ou pequena, a estrutura organizacional resulta da conjugação de recursos materiais e esforço laboral de terceiros, constituindo a nota característica do empresário, o qual, por esse aspecto, distingue-se do trabalhador autônomo que age "pessoalmente, ou, quando muito, com a colaboração de familiares ou de poucos auxiliares subalternos".¹³⁵

Também a profissionalidade dirigida à produção de bens e serviços é essencial para a caracterização do empresário, não se afigurando suficiente, nesse passo, a mera exploração de patrimônio próprio. Como bem lembra José Edwaldo Tavares Borba, "o proprietário de muitos imóveis, que os destina à locação, ou de ações de várias empresas, até mesmo com o intuito de controle, seria um capitalista, mas jamais um empresário".¹³⁶

¹³³Segundo o art. 2.195 do Código Civil italiano, são sujeitos a registro quem exerce: "1) un' attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un' attività intermediaria nella circolazione dei beni; 3) un' attività di trasporto per terra, o per acqua o per aria; 4) un' attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti (1754)". A legislação codificada italiana prevê que as normas relativas ao registro não se aplicam aos empresários agrícolas, mas apenas às sociedades empresárias rurais (arts. 2.136 e 2.200). Para o Código Civil brasileiro, no entanto, a exigência de registro é inerente à condição de empresário (art. 967), exceção feita somente ao empresário rural (art. 971) e às sociedades rurais empresárias (art. 984), em que o registro é facultativo.

¹³⁴BULGARELLI, op. cit., p.328-329.

¹³⁵BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. **Direito societário**. 8.ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.13-14.

¹³⁶BORBA, op. cit., p.14.

Da larga abrangência do *caput*, o parágrafo único do artigo 966 excepciona do conceito de empresário os exercentes de “*profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa*”.

Os motivos de tal exclusão não são claros, assim como não são claras as situações que podem ser subsumidas à parte final do dispositivo.

Comentando idêntica orientação contida no Código Civil italiano, Francesco Galgano¹³⁷ assinala que o fundamento da distinção legal no tocante ao trabalho intelectual não pode ser buscado na essência intrínseca dessa atividade, porquanto, embora não se considere empresário quem oferece suas próprias prestações intelectuais, é assim entendido todo aquele que oferta ao mercado *prestações intelectuais alheias*. Da mesma forma, prossegue, não se pode buscar no fator organização a explicação lógica para essa discriminação, até porque a atividade intelectual pode ser tão ou mais organizada que muitas outras atividades que a lei qualifica como empresariais.

No seu entender, a principal peculiaridade do serviço intelectual reside na ausência de risco de quem o presta, pois, na hipótese, este risco é suportado por aquele a quem o serviço é prestado. Assim, diversamente do trabalho manual que enseja uma “obrigação de *resultado*”, consistente na prestação de um serviço ou na entrega de uma obra, o trabalho intelectual traduz sempre uma “obrigação de meios, já que tem por objeto um *comportamento diligente*, isto é, o emprego diligente dos meios idôneos para realizar um resultado, mas não tem por objeto a consecução de um resultado”. Por outras palavras, enquanto o trabalho manual só se considera cumprido e deve ser remunerado a partir da concretização do seu resultado, o trabalho intelectual é tido por finalizado e deve ser pago quando se constata que o serviço foi prestado “com a devida diligência, ainda que o cliente tenha feito um

¹³⁷GALGANO, op. cit., p.19-33.

desembolso inútil se a prestação do profissional, por mais que tenha sido diligente, não proporcionou o resultado esperado".¹³⁸

Cumprido notar que tal ilação é extraída da análise de disposições do Código Civil italiano, que, a despeito de disciplinar sob o título de "trabalho autônomo" a atividade manual do artesão¹³⁹ e a atividade intelectual dos profissionais liberais, dispensa aos respectivos contratos tratamentos bastante diferenciados, seja quanto ao modo do exercício, seja quanto à forma da remuneração. Semelhante regulamentação, contudo, não foi reproduzida pelo Código Civil brasileiro, sendo por isso difícil inferir do seu contexto os motivos determinantes da exclusão das atividades intelectuais do conceito de empresário.

Tendo em conta que o direito civil italiano trata a empresa como "gênero de atividade econômica que comporta várias espécies, desde produção de bens até prestação de serviços ou atividades artesanais", pontifica Rachel Sztajn¹⁴⁰ que:

O direito brasileiro não segue, nesses aspectos, o ensinamento da doutrina e legislação italianas, mantendo a separação entre atividade econômica de empresa e atividades econômicas outras, não empresárias. Há quem argumente que a incidência de normas tributárias previstas para o exercício da empresa explica a relutância de tal extensão da disciplina a atividades de profissionais liberais. Outros entendem que, quanto a certas profissões, ainda prevalecem as regras das corporações de ofícios. Sob o ângulo do direito material, nenhum dos argumentos é aceitável. Determinada a natureza da empresa, não interessa qual o setor da economia em que a atividade seja desenvolvida para que incidam as normas para tanto predispostas. Exclusões serão matéria de política legislativa por força da captura do legislador.

¹³⁸"*La obligación del que presta la obra intelectual es siempre, por el contrario, una obligación de medios, ya que tiene por objeto un comportamiento diligente, esto es, lo empleo diligente de los medios idóneos para realizar un resultado, pero no tiene por objeto la consecución de un resultado; con la consecuencia de que él ha cumplido y tiene derecho a la retribución, si obró con la debida diligencia, mientras el cliente habrá hecho un desembolso inútil si la prestación del profesional por más que sea diligente no le há procurado el resultado que deseaba.*" (GALGANO, op. cit., p.32).

¹³⁹Diferentemente do Código Civil brasileiro, o *Codice Civile* italiano considera o artesão (autônomo) como empresário: "Art. 2083. *Sono piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo (1647, 2139), gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un' attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia (2202, 2214, 2221)*".

¹⁴⁰SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p.121.

No que pertine à ressalva de que a atividade intelectual poderá ser considerada empresária "se o exercício da profissão constituir elemento de empresa", a legislação codificada nacional brasileira igualmente não traz elementos capazes de evidenciar as circunstâncias implementadoras de tal condição.

A respeito, anota Alfredo de Assis Gonçalves Neto que:

...a única possibilidade de enquadrar a atividade intelectual no regime jurídico empresarial será considerando-a como **parte de um todo mais amplo apto a se identificar como empresa** – ou, mais precisamente, como um dos vários "elementos" em que se decompõe determinada empresa. Esse é o sentido a ser dado à ressalva contida no referido preceito, de tal sorte que a atividade intelectual, de natureza científica, artística ou literária, nunca poderá ser tomada isoladamente para identificar uma atividade capaz de subordinar quem a exerça, pessoalmente ou em sociedade, ao regime jurídico próprio do empresário (embora, como visto, esse regime jurídico pouco destoe daquele estabelecido para o não empresário).¹⁴¹

A par da atividade intelectual, também a atividade rural recebeu do legislador um tratamento diferenciado. Da análise dos artigos 970, 971 e 984 do Código Civil depreende-se que a empresarialidade, aqui, não decorre de uma imposição legal, sendo antes uma prerrogativa do empresário rural que pode, "observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro".¹⁴²

Também quanto a esse aspecto, somente a política legislativa pode justificar a opção do direito brasileiro, mesmo porque não há semelhante distinção na codificação civil italiana¹⁴³ que serviu de inspiração ao legislador pátrio.

¹⁴¹GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário**: regime vigente e inovações do novo código civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.102.

¹⁴²Cf. artigo 971 do Código Civil.

¹⁴³Para um maior aprofundamento acerca das peculiaridades do empresário agrícola no Direito italiano, consultar: GALGANO, op. cit., p.51-55.

Ora, se são traços comuns da empresa agrícola e do agricultor não empresário a atividade econômica, a profissionalidade e a organização dos meios, destinando-se a produção ao mercado, por que não submetê-los ao mesmo conjunto de normas? A realidade econômico-social sobre a qual deve assentar-se a noção de empresa é a mesma, até porque no extremo final da cadeia produtiva está o consumidor.¹⁴⁴

A flexibilidade deferida ao empresário rural não é, porém, estendida ao pequeno empresário, conquanto também a este o Código Civil de 2002 assegure "tratamento favorecido, diferenciado e simplificado".¹⁴⁵

Originalmente, o Projeto do Código estabelecia que a qualificação do pequeno empresário haveria que ser buscada "na natureza artesanal da atividade, na predominância do trabalho pessoal e de familiares, no montante do capital, na renda bruta anual e na exigüidade do empreendimento".¹⁴⁶ Mas, como esses requisitos não foram mantidos no texto convertido em lei, os critérios definidores do pequeno empresário haverão que ser buscados em legislação específica.

Por ora, o parâmetro econômico estabelecido pela Lei n.º 9.841/99¹⁴⁷ para definição das micro e pequenas empresas pode ser utilizado para tal finalidade, sem prejuízo de serem fixados critérios diversos em lei posterior.¹⁴⁸

¹⁴⁴SZTAJN, **Teoria...**, op. cit., p.116-117.

¹⁴⁵Cf. artigo 970 do Código Civil.

¹⁴⁶BORBA, op. cit., p.15.

¹⁴⁷A Lei n.º 9.841/99 define microempresa no seu artigo 2.º, inciso I, como "pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais)". O inciso II do mesmo dispositivo, por seu turno, define a empresa de pequeno porte como "pessoa jurídica e a firma individual individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)". Recentemente, o Decreto n.º 5.028/2004 alterou esses valores dispondo em seu artigo 1.º que: "Os valores dos limites fixados nos incisos I e II do art. 2.º da Lei n.º 9.841, de 5 de outubro de 1999, passam a ser os seguintes: I - microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quatorze centavos); II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, tiver receita bruta anual superior a R\$ 433.755,14 (quatrocentos e trinta e três mil, setecentos e cinquenta e cinco reais e quatorze centavos) e igual ou inferior a R\$ 2.133.222,00 (dois milhões, cento e trinta e três mil, duzentos e vinte e dois reais)".

¹⁴⁸BORBA, op. cit., p.15.

De qualquer sorte, com exceção das hipóteses expressamente ressalvadas pelo Código Civil, será empresário todo aquele que exercer "*profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou a circulação de bens ou de serviços*", revestindo-se portanto dessa qualidade tanto pessoa física, no caso das chamadas "firmas individuais", quanto as pessoas jurídicas, na hipótese das sociedades empresariais.¹⁴⁹

Contudo, a atribuição dessa qualidade às sociedades é contestada por Fábio Konder Comparato, o qual acredita que "a personalidade jurídica não pode transformar-se, sob pena de monstruoso antropomorfismo, de mero centro de imputação de interesses, em titular de *atividades* ou *poderes*, atributos esses privativos do homem".¹⁵⁰

Não obstante a consistência desses argumentos, o artigo 982 do novo Código Civil apresenta orientação diversa ao preceituar expressamente que "*considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro*".

Em consequência, para o direito brasileiro, a personalidade jurídica está localizada no empresário individual (pessoa natural) e na sociedade empresária (pessoa jurídica), sendo ambos considerados, então, verdadeiros *sujeitos* da atividade empresarial, com capacidade plena para adquirir direitos e contrair obrigações.¹⁵¹

¹⁴⁹Nesse sentido, ver: REQUIÃO, op. cit., v.1, p.76.

¹⁵⁰COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. rev. atual. e cor. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p.106.

¹⁵¹ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.24.

2.1.2 O Estabelecimento

Sob a perspectiva patrimonial, a noção de empresa desloca-se para o estabelecimento, que, por seu turno, corresponde a "*todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária*".¹⁵²

Ao disciplinar a matéria nos artigos 1.142 a 1.149, o Código Civil de 2002 introduziu uma inovação legislativa há muito aguardada, pois o direito pátrio, até então, ressentia-se da ausência de uma regulação capaz de dar maior estabilidade às relações jurídicas envolvendo esse instituto.¹⁵³

No tocante à sua natureza, antes da vigência dessa legislação codificada praticamente não remanesciam dúvidas de que o estabelecimento constituía verdadeira *universalidade de fato*.¹⁵⁴ No entanto, após o instituto haver sido regulamentado no ordenamento jurídico nacional, esta certeza foi abalada, passando alguns então a classificá-lo como *universalidade de direito*.¹⁵⁵

Até pelo pouco tempo de promulgação do novo Código Civil, as raras incursões doutrinárias feitas no campo dessa discussão não permitem definir uma tendência dominante, em um ou outro sentido. A despeito disso, o enfrentamento da

¹⁵²Cf. artigo 1.142 do novo Código Civil.

¹⁵³REQUIÃO, op. cit., v.1, p.253.

¹⁵⁴Ao tempo da vigência do Código Civil de 1916, afirmava Rubens Requião que "na impossibilidade legal de conceituá-lo [o estabelecimento] como *universitas juris*, pois esta depende de criação da lei, e mesmo como patrimônio separado, pois o direito brasileiro consagra o princípio da unidade patrimonial como objeto de direito, resta aos comercialistas a classificação compulsória como uma universalidade de fato. Somos de opinião que o estabelecimento comercial pertence à categoria dos bens móveis, transcendendo às unidades de coisas que o compõem e são mantidas unidas pela destinação que lhes dá o empresário, formando em decorrência dessa unidade um patrimônio comercial, que deve ser classificado como incorpóreo. O estabelecimento comercial constitui, em nosso sentir, um bem incorpóreo, constituído de um complexo de bens que não se fundem, mas mantém unitariamente sua individualidade própria" (REQUIÃO, op. cit., v.1, p.254).

¹⁵⁵Para alguns, com o advento do novo Código Civil, o estabelecimento passou a ter natureza de universalidade de direito. Nesse sentido, ver: BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**: teoria geral do direito comercial, direito societário. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1. p.112.

questão afigura-se oportuno, não para dar respostas definitivas, mas para estimular o debate que deve, assim, principiar pela distinção entre *universalidade de fato* e *universalidade de direito*. De acordo com Silvio Rodrigues:

Quando se trata de um agrupamento de coisas (objeto de direito), como no já citado caso das bibliotecas, ou de uma galeria de quadros, fala-se em universalidade de coisas, ou universalidade de fato, ou *universitas rerum*. Quando a universalidade é composta de um conjunto de direitos (relações ativas e passivas), tem o nome de *universitas juris*. Todavia, o que mais efetivamente as distingue é o liame que une as coisas componentes de uma e de outra universalidade. A universalidade de fato se apresenta como um conjunto ligado pelo entendimento particular; enquanto a universalidade de direito consiste na pluralidade de coisas corpóreas e incorpóreas, a que a lei, para certos efeitos, atribui o caráter de unidade (como a herança, no patrimônio, na massa falida, etc.).¹⁵⁶

À primeira vista, o disposto no artigo 1.142 do novo Código Civil amolda-se perfeitamente à definição de *universalidade de fato* supra, inexistindo daí razões que justifiquem a mudança da orientação anteriormente consagrada. O próprio artigo 90 do mesmo diploma legal parece confirmar essa posição quando preceitua que "*constitui universalidade de fato a pluralidade de bens que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária*".

Mas, como compatibilizar esse entendimento com o preceito que determina que "*o adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados?*"¹⁵⁷

Por certo, as dívidas não integram um complexo de *bens*, mas de *relações jurídicas*, e a sua vinculação ao estabelecimento no ato de transferência não decorre da vontade do empresário que organiza o empreendimento, mas da lei. Esta constatação, em princípio, poderia dar sustentação à tese de que o estabelecimento constitui uma *universalidade de direito*, a qual é legalmente definida como "*complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico*".¹⁵⁸ Contudo, do

¹⁵⁶RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34.ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p.134.

¹⁵⁷Cf. art. 1.146 do novo Código Civil.

¹⁵⁸Cf. art. 91 do Código Civil de 2002.

mesmo modo que é impróprio conceber uma *universalidade de fato* integrada por bens cujo liame não resulte *totalmente* do "entendimento particular", não se concebe uma *universalidade de direito* formada *parcialmente* de bens vinculados pelo "entendimento particular".

Para afastar essa incompatibilidade, nos mesmos moldes identificada no *Codice Civile*, a doutrina italiana elaborou a separação entre o estabelecimento (*azienda* como *res*) e o patrimônio *aziendal*. A respeito, afirma Asquini que:

...a noção de estabelecimento, dada pelo código, "complexo de bens organizados pelo empresário para exercício da empresa" (art. 2.555), considera certamente a *azienda* como *res*. Porém, é verdade que sob o título "da *azienda*" e em outras disposições (ex. art. 2.112) o código não dá somente a disciplina do estabelecimento, como definido no art. 2.555, mas dá também, sob certos aspectos, a disciplina do patrimônio *aziendal*, como complexo de relações jurídicas, de que se vale o empresário, no exercício da sua atividade empresarial. Os dois conceitos de *patrimônio aziendal* (complexo de relações jurídicas) e de *azienda res* (complexo de bens) resultam, portanto, consagrados pelo novo código. Poder-se-á discutir se o estabelecimento, como complexo de bens, segundo o novo código, integra-se no conceito de "universalidade de móveis", como definida no art. 816, ou seja, um objeto de direitos *sui generis*, e, neste último caso, se o seu núcleo essencial não é, verdadeiramente, o elemento imaterial, constituído pela organização e pelo aviamento (neste sentido, no texto da exposição ministerial foi, oportunamente, suprimida a qualificação de *azienda* como *universitas rerum*). Poderá, outrossim, ser discutido se o que é disciplinado pelo código como patrimônio *aziendal* possa, por sua vez, ser circunscrito a certos efeitos como objeto autônomo de direitos, ponto de vista não novo da doutrina (vide Fadda e Bensa, loc. cit.), ao qual, substancialmente, retorna Santoro-Passarelli, ao configurar *azienda* como centro de interligamento ou conexões de relações jurídicas. Mas não há dúvida que, sobre a base do código, a distinção já feita pela doutrina precedente, entre o conceito de patrimônio *aziendal* e de *azienda* em sentido estrito, conserva todo o seu valor. De resto a distinção corresponde à realidade das coisas, a qual ensina que nas diversas relações jurídicas (de gestão, de transferência etc.) pode ser deduzida, seja a *azienda* como *res*, seja a *azienda* como patrimônio *aziendal* (compreendidos, portanto, os débitos). A disciplina dada pelo código no título VII do *libro del lavoro* tem por objetivo só esta colocação: que o código considera normalmente implícito na transferência do estabelecimento como *res* também a transferência, em certos limites, do patrimônio *aziendal*; porém o código deixa, em relação à matéria, à autonomia privada, as mais amplas margens de liberdade.¹⁵⁹

Sem maiores problemas, as concepções de *azienda res* e *patrimônio aziendal* podem ser transportadas para o direito brasileiro, dadas as claras

¹⁵⁹ASQUINI, op. cit., p.121.

semelhanças entre as disposições do novo Código Civil com o *Codice Civile* italiano, também no que pertine à disciplina do estabelecimento. Nestes termos, uma vez consideradas as dívidas como integrantes do patrimônio aziendale, resta afastado o óbice que poderia ser colocado à classificação do estabelecimento (complexo de bens) como *universalidade de fato*.

A propósito, a resistência que alguns doutrinadores italianos manifestam contra essa concepção¹⁶⁰ deriva da interpretação que fazem do artigo 816 do *Codice Civile*, o qual, para a configuração da *universalidade de fato*, exige "uma pluralidade de coisas móveis (entendendo-se que se trata de bens corporais), pertencentes a um mesmo proprietário e que tenham um destino comum".¹⁶¹ Daí, como os bens que compõem o estabelecimento podem ser corpóreos ou incorpóreos, não sendo necessário que sejam de propriedade do empresário, a classificação não encontraria respaldo no referido dispositivo legal.

¹⁶⁰Entre esses inclui-se Francesco Ferrara, para quem "*es la hacienda la organización de todos los elementos precisos para la obtención de un rendimiento, que, de un lado, produce un gasto y tiene un valor y, por otra parte, recibe especial tutela, bien mediante la prohibición de la competencia desleal o a través de las normas que garantizan su integralidad en los traspasos. Concurren, por lo tanto, todas las condiciones que se requieren para la existencia de un bien: por un lado, una entidad económica; por outro, el señorío sobre la misma, por estar reservada al disfrute del titular. El elemento nuevo que encontramos en el fenómeno estudiado, y que no se encuentra en otros agregados, recibiendo protección nueva y diferente en relación con los elementos singulares, radica cabalmente en la organización, y no se nos alcanza por qué desde el punto de vista jurídico no puede identificarse la hacienda con esa organización, siendo así que la misma representa precisamente el elemento fundamental de la tutela. Es conveniente precisar, en evitación de equívocos, que para nosotros no radica la hacienda en el conjunto de los elementos organizados, sino la organización de los mismos, es decir, en el conjunto de vínculos y tejidos funcionales que entre ellos existe*" (FERRARA, op. cit., p.133).

¹⁶¹"...según el art. 816 del nuevo Código, la '*universitas facti*' requiere la existencia de una pluralidad de cosas muebles (entendiéndose que se trata de bienes corporales), pertenientes a un mismo propietario y que tengan un destino común, siendo así que de los tres requisitos no concurre en la hacienda sino el último – destino unitario – puesto que los bienes reunidos en la hacienda pueden ser muebles, corporales ou incorporales, no siendo, además, preciso que pertenezcan al titular de la hacienda, ya que pueden ser de propiedad ajena y haber sido otorgado convencionalmente su disfrute." (FERRARA, op. cit., p.113).

No caso da legislação brasileira, essa objeção não subsiste, porquanto o já mencionado artigo 90 do novo Código Civil descreve a *universalidade de fato* como a pluralidade de singulares *pertinentes*, e não *pertencentes*, à mesma pessoa, além do que não estabelece qualquer restrição quanto ao caráter corpóreo ou incorpóreo desses bens.

Com efeito, nem sempre haverá um vínculo de propriedade, ao menos no sentido que lhe imprime o Código Civil, entre o empresário e os bens que compõem o estabelecimento, pois existe a possibilidade desse conjunto patrimonial vir a ser composto por direitos reais de fruição, como é a hipótese do usufruto, ou mesmo por contratos de locação, arrendamento, entre outros. Certamente, esta possibilidade não desnatura a universalidade antes referida: "se não é proprietário dos bens corpóreos correspondentes, [o empresário] sobre eles detém, no entanto, a titularidade do exercício do direito de uso ou gozo. Será esse direito, então, que, como bem incorpóreo, integrará a universalidade (o estabelecimento), pois nada impede que ela se decomponha em bens não corpóreos e, inclusive, heterogêneos".¹⁶²

Importa ainda notar que o nosso ordenamento não estabelece a possibilidade de personificação do estabelecimento. Ao contrário, a personalidade jurídica é somente deferida à pessoa natural (empresário individual) e à sociedade empresária, conforme preconizam, respectivamente, os artigos 2.º e 44 do novo Código Civil.¹⁶³

Por sinal, cumpre lembrar que esta não-personificação do estabelecimento se torna bastante evidente na análise jurídica do empresário individual, de vez que, embora destinando parcela específica de seus bens para o exercício de uma atividade econômica, não pode pretender que dita destinação justifique a submissão

¹⁶²GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Manual de direito comercial**. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2000. p.143.

¹⁶³Conforme dispõe o artigo 985 do Código Civil de 2002, a aquisição da personalidade jurídica pelas sociedades se dá com a "inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos". A mesma orientação encontra-se consignada no artigo 45 do mesmo diploma legal.

desse conjunto patrimonial a um regime diverso daquele a que são submetidos os bens destinados ao seu uso particular.¹⁶⁴

Em suma, como conjunto de bens não-personificado, seja considerado como *universalidade de fato* ou *de direito*, o estabelecimento terá sempre caráter instrumental, por ser utilizado pelo empresário como meio necessário para o desenvolvimento de sua atividade.

2.1.3 A Atividade Empresarial

Sem deixar de reconhecer a relevância do empresário e do estabelecimento, a doutrina, de um modo geral, costuma associar a empresa ao exercício da atividade empresarial, considerando-a, dessa forma, uma abstração.

Nesse sentido, Requião afirma que:

...uma constante da doutrina a respeito da conceituação da empresa é situá-la como o *exercício de uma atividade*. É da ação intencional (*elemento abstrato*) do empresário em exercitar a atividade econômica que surge a empresa. Dalmartello põe muito claro o tema, ressaltando que a empresa é caracterizada *pelo exercício* da organização. Se todos os seus elementos estiverem organizados, mas não se efetivar o *exercício dessa organização*, não se pode falar em empresa. (...) Dessa explicação surge nítida a idéia de que a empresa é essa *organização* dos fatores da produção *exercida*, posta a funcionar, pelo empresário. Desaparecendo o exercício da atividade organizada do empresário, desaparece, *ipso facto*, a empresa. Daí por que o conceito de empresa se firma na idéia de que é ela o *exercício de atividade produtiva*. E do *exercício* de uma atividade não se tem senão uma idéia abstrata.¹⁶⁵

Por óbvio, é na atividade que se visualiza a produção dos efeitos econômicos da empresa – circulação de bens e serviços, geração de empregos e tributos, etc., decorrendo daí o maior destaque que, ordinariamente, atribui-se a esse perfil.

¹⁶⁴Examinando a questão do patrimônio separado das "empresas individuais", Calixto Salomão Filho assevera que "não existe o reconhecimento legislativo genérico e abrangente da limitação de responsabilidade do comerciante individual. O que existe é apenas uma forma de limitação de responsabilidade – a subsidiária integral – idealizada para os grupos, que não atende aos interesses da pequena empresa individual..." (SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2.ed. reformul. São Paulo: Malheiros, 2002. p.171).

¹⁶⁵REQUIÃO, op. cit., v.1, p.59.

Tomada na acepção de "força em movimento"¹⁶⁶, a empresa não se qualifica como pessoa ou coisa e, por conseguinte, nem como sujeito ou objeto de direito, sendo antes uma situação de fato.¹⁶⁷

A teor do que assinala Tullio Ascarelli, a empresa configura "atividade e não (como no velho Código, tendo em vista o critério objetivo então fundamental) modalidade de exercício de um ato".¹⁶⁸

Efetivamente, o direito de empresa consagrado pelo novo Código Civil põe em evidência a atividade empresarial em substituição à ultrapassada noção de ato de comércio. Atividade não se confunde com ato, caracterizando-se, ao reverso, por uma sucessão de atos praticados para se alcançar um único objetivo¹⁶⁹, no caso da empresa, "a produção ou a circulação de bens ou serviços" para o mercado, que é seu "*habitat* natural".¹⁷⁰

Sem embargo, como visto linhas atrás, há algumas atividades que, apesar de produtivas, não são legalmente consideradas empresariais, deduzindo-se, portanto, que toda atividade empresarial consubstancia uma atividade econômica, mas a recíproca não é verdadeira.

Finalmente, não se pode tomar a expressão atividade empresarial como sinônima de atividade comercial, uma vez que entre a primeira e a última se estabelece uma relação de gênero e espécie. Por certo, a mudança de paradigma

¹⁶⁶ASQUINI, op. cit., p.116.

¹⁶⁷GONÇALVES NETO, **Manual...**, op. cit., p.139. Em sentido contrário, admitindo a empresa como objeto de direito: REQUIÃO, op. cit., v.1, p.60; BERTOLDI, **Curso...**, op. cit., p.56.

¹⁶⁸ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, n.114, p.237-252, abr./jun. 1999. 237-252. Note-se que Ascarelli dirige seu comentário às disposições do Código Civil italiano. Entretanto, as suas colocações são absolutamente pertinentes à legislação brasileira, em vista da similitude do tratamento dispensado por ambas ao direito de empresa.

¹⁶⁹COMPARATO, **O poder...**, op. cit., p.93.

¹⁷⁰SZTAJN, **Teoria...**, op. cit., p.104.

operada pelo Código Civil brasileiro de 2002 reflete uma nova valoração das atividades geradoras de riquezas. Dado o seu relevante impacto econômico e social, a prestação de serviços, bem como as atividades industrial, bancária, securitária, etc., passam também a gozar de uma disciplina especial, uma deferência antes reconhecida apenas à troca e à intermediação de bens.¹⁷¹

Nesse novo contexto, o direito de empresa é o direito da atividade econômica e não propriamente da atividade comercial.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL

Com a disciplina da empresa inaugurada pelo Código Civil de 2002, a ordem jurídica nacional abandona definitivamente a figura egocêntrica do comerciante para prestigiar o empresário¹⁷², este sim tomado na acepção ideológica de um agente econômico comprometido com os reflexos de suas ações na sociedade.¹⁷³

¹⁷¹COELHO, op. cit., p.27.

¹⁷²Conforme destaca Alfredo Assis Gonçalves Neto, "trata-se de mudança para melhor (não sob o aspecto jurídico, mas puramente ideológico), já que por empresário tem-se alguém comprometido com as repercussões, perante terceiros, do exercício da atividade empresarial; alguém envolto e responsável com e pelos interesses sociais e coletivos que daí decorrem (manutenção de empregos, respeito para com os fornecedores e clientes, cuidado com o crédito da comunidade envolvida na atividade), colaborador do erário público e consciente do seu dever de atuar de conformidade com a função social de sua empresa" (GONÇALVES NETO, **Manual...**, op. cit., p.94).

¹⁷³Mostrando-se cético quanto a essa propalada concepção altruísta de empresário, Fábio Leandro Tokars acentua: "A questão que não pode ser abstraída é a seguinte: se o empresário diverge do comerciante por estar preocupado com os reflexos sociais de sua atuação, o que aconteceria se o mesmo simplesmente desse as costas ao mundo e, em nome da máxima eficiência, administrasse sua empresa com o emprego de técnicas de gestão que previsse, por exemplo, a demissão em massa de funcionários, a união com um grupo empresarial estrangeiro e o direcionamento da produção exclusivamente para a exportação? Será que esta figura deixaria de ser considerada como empresário para ser enquadrada numa nova categoria de pária social? Na generalidade, a resposta a este questionamento pauta-se no critério da eficiência e no retorno financeiro dos investidores, que, se vislumbrar valorização de seus títulos, deixarão de enxergar este empresário como pária para tê-lo como modelo" (TOKARS, Fábio Leandro. *Função social da empresa*. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito civil constitucional: situações patrimoniais**. Curitiba: Juruá, 2002. p.86).

Como antes destacado, essa inovação legislativa cristaliza no direito positivo infraconstitucional uma tendência há algum tempo consolidada na doutrina, na jurisprudência e até em leis esparsas¹⁷⁴ no sentido de considerar a empresa como um núcleo de interesses, não só do empresário, mas da sociedade que a circunda e, dependendo do seu porte, "do próprio País".¹⁷⁵

Mas, mais do que um dado da realidade ou uma simples construção doutrinária e jurisprudencial, a concepção altruísta da empresa radica na Constituição, precisamente no artigo 170, inciso III da Carta de 1988, que institui como princípio da ordem econômica a função social da propriedade, o qual representa verdadeiro condicionamento "do poder a uma finalidade".¹⁷⁶

Note-se, por oportuno, que a *propriedade* a que se reporta o mencionado dispositivo constitucional há que ser considerada em seu *aspecto dinâmico*, ou seja, aquela incidente sobre os bens de produção e aplicada ao desenvolvimento da atividade econômica. Difere, portanto, da propriedade em sua versão estática, que, consoante Isabel Vaz, caracteriza-se pela sua capacidade de propiciar "ao seu titular, independentemente de qualquer atuação econômica desenvolvida, os benefícios inerentes à sua própria natureza: aluguel, moradia, rendimentos, dividendos".¹⁷⁷

A inserção da propriedade privada entre os princípios da ordem econômica e financeira representa para Eros Roberto Grau a "prospecção de uma nova fase (um aspecto, um perfil) do direito de propriedade, diversa e distinta da tradicional: a *fase dinâmica*". E completa: "incidindo pronunciadamente sobre a propriedade dos bens de produção, é que se realiza a *função social da propriedade*. Por isso se

¹⁷⁴Cf. artigos 116, parágrafo único e 154 da Lei n.º 6.404/76.

¹⁷⁵LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.764-765.

¹⁷⁶SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coords.) **Temas de direito urbanístico – 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.5.

¹⁷⁷VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.330.

expressa, em regra, já que os bens de produção são postos em dinamismo, no capitalismo, em regime de empresa, como *função social da empresa*".¹⁷⁸

Neste ponto convém anotar que o direito de propriedade plasmado na Constituição é um conceito bem mais amplo que o enunciado pelo direito civil, estendendo-se a garantia constitucional a todos os bens patrimoniais, reais ou pessoais, corpóreos ou incorpóreos, incluído nestes últimos o próprio "poder de controle empresarial".¹⁷⁹

Por seu turno, a função social que incide sobre a propriedade não se confunde com as limitações administrativas ordinariamente chamadas de "poder de polícia" estatal. De acordo com Carlos Ari Sundfeld:

Ocorre que, tomada a função social neste sentido equivocado [como limitação administrativa], *impedida está a apreensão do verdadeiro conteúdo do princípio, de maneira que este permanece incompreendido e, sobretudo, inaplicado*. Tal fato tem, como muita coisa em relação à propriedade, um condicionante poderoso. É que, assimilada e dissimulada a noção de função social no antigo conceito de limitação administrativa, é dizer, de Poder de Polícia, nada se altera no regime jurídico da propriedade. (...) Pense-se em uma hipótese extrema; imaginemos que uma emenda constitucional suprimisse o n. III do art. 160 da Carta Magna [art. 170, III da Constituição Federal de 1988]. Por acaso se sustentaria, nesta hipótese, que o direito de propriedade, ou seu exercício, ter-se-ia tornado ilimitável? Por acaso se diria que o Município estaria impedido de estabelecer um zoneamento? Ouvir-se-ia a afirmação de que o Estado haveria de ficar inerte ante a poluição industrial? Obviamente não! (...) Em suma, se o Constituinte não tivesse criado uma função social, fabricando uma nova, *isto não impediria que, sempre dentro da antiga concepção de direito de propriedade, se procurasse atingir os objetivos da Ordem Econômica e Social*.¹⁸⁰

A vinculação da propriedade a uma finalidade social "deriva em suma do princípio geral do Estado Social enquanto cofundamento, e não simples limite externo", servindo, assim, "de ponto de equilíbrio no conflito que opõe os interesses dos proprietários aos do todo social, constituído maioritariamente por não

¹⁷⁸GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.267-268.

¹⁷⁹COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.732, p.44, out. 1996.

¹⁸⁰SUNDFELD, **Função**..., op. cit., p.8-9. No mesmo sentido: GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.269.

proprietários".¹⁸¹ De outro modo, essa funcionalização da propriedade marca "a superação do dualismo clássico Direito Privado-Direito Público"¹⁸², na medida em que traz para o primeiro algo que até então estava restrito ao segundo, qual seja, o conceito de função.¹⁸³ Por conseguinte, é a função que confere legitimidade ao direito de propriedade, tornando-o um *poder-dever*.¹⁸⁴

De qualquer modo, embora a existência do preceito possa ser haurida da sistemática constitucional, o exato conteúdo da função social dos bens de produção ou da empresa não é simples de ser delineado, assim como não o é a identificação dos seus destinatários, bem como o alcance de sua aplicação.

Diferentemente do que se verifica no tocante à propriedade rural¹⁸⁵, a vigente Constituição não indica os parâmetros que determinam o cumprimento da função social dos bens de produção. Por isso, tem a doutrina se entregado à espinhosa tarefa de traçar os seus contornos como forma, inclusive, de viabilizar a sua concretização.

Com bastante freqüência afirma-se que o princípio constitucional sob análise exprime um comando ativo, impondo ao titular da empresa ou detentor do seu controle o dever de dirigir os negócios empresariais "em benefício de outrem e não, apenas, de *não exercer* em prejuízo de outrem".¹⁸⁶

¹⁸¹MONCADA, op. cit., p.153-154.

¹⁸²SUNDFELD, **Função...**, op. cit., p.7.

¹⁸³Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "existe função quando alguém está investido no *dever* de satisfazer dadas finalidades em prol do *interesse de outrem*, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las" (MELLO, **Curso...**, op. cit., p.62).

¹⁸⁴GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.269.

¹⁸⁵O artigo 186 da CF/88 dispõe 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 - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores".

¹⁸⁶GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.269.

Por esse viés, a função social vai além de impor ao direito de propriedade um dever de abstenção, demandando do proprietário uma ação positiva, qual seja, a exploração de seus bens com vistas a alcançar uma finalidade de interesse coletivo. "De sujeito ' passivo' da intervenção do Estado, o proprietário passa a ser ' co-partícipe' da ação estatal na realização dos fins da Ordem Econômica e Financeira."¹⁸⁷

Ainda que possam exprimir uma situação socialmente desejável, asserções feitas nesse tom de generalidade suscitam, de plano, um questionamento de ordem prática – quais as ações positivas que podem e devem ser exigidas do empresário no cumprimento da função social da empresa?

Num primeiro momento, a efetivação do princípio pode ser visualizada no natural desenvolvimento da atividade econômica que gera postos de trabalho, que incrementa a receita estatal mediante o recolhimento de tributos, que produz os bens e serviços para o mercado consumidor e que, dessa forma, contribui para o progresso de toda a sociedade.¹⁸⁸

Há, contudo, alguns que sustentam que as empresas, sobretudo as grandes corporações, devem ter o seu papel redimensionado, por acreditarem que a realização do princípio da função social não se circunscreve ao resultado útil que naturalmente decorre da gestão empresarial. De acordo com esse entendimento, incumbe às empresas promover o bem-estar da comunidade, assumindo tarefas tipicamente estatais como, por exemplo, a assistência social e a cultura. Desse encargo, entretanto, estariam excluídas as micro e pequenas empresas¹⁸⁹, uma vez

¹⁸⁷VAZ, op. cit., p.328.

¹⁸⁸COMPARATO, Estado..., op. cit., p.45.

¹⁸⁹Sustentando tese oposta, José Waldecy Lucena afirma que "não se pode negar, como parece intuitivo, que as médias e pequenas empresas não deixam também de formar um núcleo de interesses (empregados, fornecedores, consumidores, etc.), o qual, embora em menor escala, está relacionado com uma indelével função social" (LUCENA, op. cit., p.766).

que estas não dispõem de recursos excedentes, enfrentando dificuldades até mesmo para se manterem no mercado.¹⁹⁰

A propósito, esse é o sentido da *responsabilidade social*, uma prática hoje largamente difundida no meio empresarial¹⁹¹ cuja repercussão já se faz sentir na esfera jurídica. Relata Sztajn que "tende a crescer, entre empresários privados, a responsabilidade com o bem-estar coletivo, segundo modelo de solidariedade empresarial. Quando se fala em solidariedade apela-se para um dever que não se impõe, especialmente de forma coercitiva, mas em que se espera alguma cooperação entre pessoas visando a aumentar o bem-estar coletivo".¹⁹²

De regra, tal interesse coletivo é perseguido por "iniciativa espontânea das empresas de contribuir para a construção de uma sociedade melhor e um meio ambiente mais limpo".¹⁹³ Nessa medida, a voluntariedade está na raiz da *responsabilidade social*, uma vez que esse engajamento em ações que contemplam a população menos favorecida se funda na iniciativa do empresário, livre de qualquer imposição estatal.

¹⁹⁰ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.157-161, jan./mar. 2000. p.160-161.

¹⁹¹A expressão responsabilidade social é totalmente estranha ao direito positivo brasileiro (BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas**: práticas sociais e regulação jurídica. Curitiba, 2003. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. p.155).

¹⁹²SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.114, p.34-50, abr./jun. 1999. p.35.

¹⁹³FÉLIX, Luiz Fernando Fortes. O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.2. p.19.

A respeito, esclarecem Patrícia Ashley et al.:

Responsabilidade social pode ser definida como compromisso que uma organização deve ter para com a sociedade, expresso por meio de atos e atitudes que a afetem positivamente, de modo amplo, ou a alguma comunidade, de modo específico, agindo proativamente e coerentemente no que tange a seu papel específico na sociedade e a sua prestação de contas para com ela. A organização, nesse sentido, assume obrigações de caráter moral, além das estabelecidas em lei, mesmo que não diretamente vinculadas a suas atividades, mas que possam contribuir para o desenvolvimento sustentável dos povos.¹⁹⁴

Para além das razões de índole moral que, eventualmente, possam inspirar os espíritos mais sensíveis às causas sociais, essa "conscientização" do empresariado tem uma primeira causa bem conhecida – a exigência do consumidor.

Embora remonte ao início do século XX¹⁹⁵ a idéia de que a empresa privada deve se ocupar de outros objetivos além do lucro, a *responsabilidade social* tomou corpo na década de 60 com a intensificação da ação dos movimentos sociais.

Os acontecimentos e transformações sociais que tumultuam a década colocam em relevo os problemas sócio-econômicos e, de certa forma, preparam o campo para a aceitação da idéia. Verifica-se um recrudescimento das críticas aos abusos do poder econômico. Os movimentos feminista e de defesa das minorias étnicas evidenciam ante a opinião pública a atuação discriminatória das empresas, no tocante a políticas de emprego, salários e carreira. O movimento ecologista desenvolve grande atividade de conscientização social quanto aos abusos cometidos em relação ao ambiente, incluindo o tema entre as preocupações de governantes, comunidades e empresas. A consciência da degradação progressiva da qualidade de vida aumenta o questionamento do crescimento econômico e as críticas à atuação das empresas.¹⁹⁶

Mais bem informado, o público consumidor foi gradualmente percebendo que muitas empresas desenvolviam suas atividades por meio de ações predatórias sob o ponto de vista humano, ambiental, etc. e que, por via de conseqüência, o

¹⁹⁴ASHLEY, Patrícia et al. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.7.

¹⁹⁵As primeiras manifestações sobre o tema foram feitas em trabalhos publicados por Charles Eliot (1906), Arthur Hakley (1907) e John Clark (1916), tendo sido, na época, rejeitadas nos meios acadêmicos (DUARTE, Gleuso Damasceno; DIAS, José Maria A. M. **Responsabilidade social: a empresa hoje**. Rio de Janeiro; São Paulo: LTC, 1986. p.41).

¹⁹⁶DUARTE e DIAS, op. cit., p.42.

consumo dos bens produzidos nessas condições acabava por incentivar uma prática danosa a toda a sociedade.¹⁹⁷ Em diversas ocasiões, os consumidores chegaram a boicotar determinadas marcas e produtos de empresas *socialmente irresponsáveis*, obrigando-as a uma radical mudança de postura.¹⁹⁸

De início incorporadas às empresas por força das injunções do mercado consumidor, as práticas socialmente relevantes mostraram-se, num momento posterior, eficientes para melhorar o desempenho da atividade empresarial. Como observou Marcio Moreira Alves:

Não pensem que uma repentina onda de sensibilidade social varreu o mundo das multinacionais e das grandes empresas brasileiras, fazendo com que se tornassem conscientes da destruição da natureza e da frustração dos empregados. O que aconteceu foi que descobriram que podiam ganhar mais dinheiro limpando os processos de produção e melhorando as condições de trabalho.¹⁹⁹

¹⁹⁷A mudança no padrão comportamental dos agentes do consumo é um dado facilmente aferível da realidade. Na pesquisa "Percepção e Tendências do Consumidor Brasileiro", promovida pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social em parceria com o jornal *Valor Econômico*, foi constatado que, para 85% dos entrevistados, de um universo de 1.002, residentes em nove regiões metropolitanas do Brasil, "as empresas devem tratar todos os funcionários e candidatos a emprego de forma justa, independente de sexo, raça, religião ou preferência sexual"; 74% "consideram que as empresas devem garantir que seus produtos e operações não sejam prejudiciais ao meio ambiente, 70% consideram que as empresas devem garantir que não tomam parte de suborno e corrupção e 46% consideram que as empresas devem ajudar a resolver problemas sociais, como criminalidade, pobreza e baixa educação". Dessa amostragem, 53% dos entrevistados afirmaram que não consumiriam produtos ou serviços de empresas que utilizassem mão-de-obra infantil; 51% consideram que a avaliação positiva ou negativa das empresas depende do tratamento dispensado aos empregados e à ética nos negócios, enquanto 35% afirmaram ter pensado em deixar de consumir ou criticaram empresas consideradas não-socialmente responsáveis (FABIÃO, Maurício França. O negócio da ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.2. p.48).

¹⁹⁸A título de exemplo pode ser citado o caso da Shell, que em 1995 tentou "descartar o equipamento de extração de petróleo de Brent Spar jogando-o no leito do oceano. Grupos ambientalistas armaram vigorosos protestos e consumidores em muitos países pararam de comprar gasolina da Shell. As mudanças de atitude da empresa desde essa época foram de grande alcance. Em 1998, a Shell publicou um relatório substancial descrevendo suas novas atitudes com relação à responsabilidade corporativa. O relatório fala de envolvimento num 'debate global', 'para aprender com os outros' e 'explicar nossas ações'. GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da democracia. São Paulo: Record, 2000. p.58-59).

¹⁹⁹ALVES, Marcio Moreira. **Brava gente brasileira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p.93.

Por óbvio, o crescente movimento do empresariado em torno de medidas de inclusão social e preservação ambiental não se baseia em razões puramente altruístas, estando, diferentemente, fundado num cálculo empresarial de investimento-retorno. Na realidade, o próprio mercado modela o comportamento dos agentes envolvidos na produção e distribuição de bens e serviços²⁰⁰, uma vez que, se ainda pode haver dúvidas de que a "responsabilidade social" gera lucros, há a certeza de que, em muitos casos, a sua inobservância pode causar prejuízos à atividade comercial.²⁰¹

De fato, os empresários acabaram por concluir que o agir ético e a adoção de iniciativas tendentes à redução das desigualdades sociais podem ser um grande negócio, principalmente quando as ações nesse sentido são avaliadas positivamente por índices globais como o Dow Jones Sustainability Group Indexes (DJSI).²⁰²

A notável repercussão econômica propiciada pela inclusão em índices como este é publicamente reconhecida pelos porta-vozes das empresas que nele figuram e

²⁰⁰Na economia hipercompetitiva em que as corporações se vêem contextualizadas, as empresas, atentas às oportunidades e vantagens que a responsabilidade social pode lhes trazer, usam as posturas, omissões ou práticas ecológica ou moralmente incorretas de suas concorrentes como forma de desbancá-las e tomar-lhes o mercado. Nesse sentido, Joaquim Falcão, *in* Loschpe (1997), secretário-geral da Fundação Roberto Marinho, entidade criada pelas Organizações Globo, afirma que, como qualquer entidade empresarial, a imprensa brasileira vem se movimentando no sentido do engajamento cívico, em virtude, entre outras coisas, do próprio acirramento da competição." (LIMA, Marirone Carvalho. Responsabilidade social: apoio das empresas privadas brasileiras à comunidade e os desafios da parceria entre elas e o terceiro setor. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. p.127).

²⁰¹Reportando-se à matéria publicada no jornal *Gazeta Mercantil* de 24.11.98, Rachel Sztjan lembra o caso de uma madeireira paranaense que encontrava "dificuldades para exportar por não conseguir comprovar que usa madeira de reflorestamento" (SZTAJN, A responsabilidade..., op. cit., p.34).

²⁰²O Dow Jones Indexes, em parceria com a SAM Sustainability Group, criou o Dow Jones Sustainability Group Indexes (DJSI), o primeiro índice global para avaliação de sustentabilidade empresarial que busca identificar as melhores *performances* entre as empresas líderes em sustentabilidade. Esse índice está totalmente integrado aos demais índices da Dow Jones Global e sua análise considera tanto as diversidades geográficas quanto os diferentes segmentos de negócio." (ORCHIS, Marcelo A.; YUNG, Maurício T.; MORALES, Santiago C. Impactos da responsabilidade social nos objetivos e estratégias empresariais. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. p.66).

largamente destacada pela mídia, constituindo, dessa maneira, um estímulo a mais para o fortalecimento da "responsabilidade social" como estratégia de mercado.²⁰³

Na análise ora empreendida, um aspecto não deve ser olvidado: a responsabilidade social não se confunde com filantropia, pois enquanto esta é ocasional, aquela é permanente e estratégica.²⁰⁴

A "responsabilidade social", por conseguinte, não se pauta por ações excepcionais e desconectadas dos objetivos da empresa, sendo mais propriamente um conceito que se insere no planejamento empresarial. Talvez por isso, essa prática venha sendo entendida como expressão concreta das prestações positivas que decorrem do cumprimento do princípio da função social da empresa, uma crença da qual nem todos compartilham.²⁰⁵

Como evidenciado, as ações sociais e ambientais levadas a cabo pelas empresas não são contrárias aos seus objetivos de lucro, consubstanciando, na maior parte das vezes, um meio eficiente para maximizar os resultados da atividade

²⁰³Em reportagem publicada em maio de 2003, a Revista Exame destacou que figurar no Dow Jones Sustainability Index representa: "Imagem. Reconhecimento. Credibilidade. Sem falar em acesso facilitado a fontes de financiamento cada vez mais exigentes e parcimoniosas. ' Figurar no Dow Jones Sustainability é ter um atrativo a mais para chamar a atenção do investidor' ", diz Maurício Botelho, presidente da Embraer, empresa privada brasileira com os maiores volumes de exportação. (...) Sustentabilidade significa sintonia com valores sociais, o que desafia alguns negócios e gera acirradas discussões. O Dow Jones exclui, de saída, as empresas que negociam com armamentos, tabaco, álcool e jogos de azar. Uma decisão polêmica, já que em muitos países essas são atividades legais, que geram empregos e impostos" (ARNT, Ricardo. Questão de coerência. **Revista Exame**, São Paulo, ano 37, edição 791, n.9, p.75, 7 de maio de 2003).

²⁰⁴TOLDO, Mariesa. Responsabilidade social empresarial. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.1. p.84.

²⁰⁵Fábio Konder Comparato, por exemplo, afirma que, "no regime capitalista, o que se espera e exige delas [empresas] é, apenas, a eficiência lucrativa, admitindo-se que, em busca do lucro, o sistema empresarial como um todo exerça a tarefa necessária de produzir ou distribuir bens e de prestar serviços no espaço de um mercado concorrencial. Mas é uma perigosa ilusão imaginar-se que, no desempenho dessa atividade econômica, o sistema empresarial, livre de todo controle dos Poderes Públicos, suprirá naturalmente as carências sociais e evitará os abusos; em suma, promoverá a justiça social" (COMPARATO, Estado..., op. cit., p.45).

empresarial. Essa constatação, a propósito, indica que a "responsabilidade social", nos moldes em que vem sendo concebida, corresponde a um típico movimento de mercado, sustentado pelas suas regras e, principalmente, pelas suas conveniências.

Por essa razão, afigura-se no mínimo temerária a imediata transposição do conceito mercadológico de "responsabilidade social" para a noção jurídica de "função social", sobretudo porque, como princípio previsto na Constituição, esta última deve ser implementada, independentemente das vantagens ou desvantagens econômicas que possam advir àqueles que devem dar-lhe cumprimento.

Inserida no Título da Ordem Econômica e Financeira, a função social dos bens de produção consubstancia um *princípio político constitucionalmente conformador*, por exprimir uma opção política do constituinte que, desse modo, reflete "a ideologia inspiradora da constituição".²⁰⁶ Trata-se de princípio vocacionado a assegurar maior densidade a um outro de conteúdo mais abstrato – a dignidade da pessoa humana²⁰⁷ –, podendo, assim, ser também classificado²⁰⁸ como um *princípio-condição*, porquanto dirigido à concretização de um *princípio-fim*.²⁰⁹

Operativamente, o princípio da função social da empresa tem por destinatários o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, "condicionando a atuação dos

²⁰⁶CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.172.

²⁰⁷A dignidade da pessoa humana não constitui apenas uma diretriz da ordem econômica (art. 170, *caput*), mas consubstancia um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, III). Sob a perspectiva econômica, entretanto, a dignidade da pessoa humana se revela na exigência de que "cada ser humano disponha de condições mínimas de sobrevivência, no tocante à saúde, alimentação, habitação, educação, etc. A dignidade de todo e qualquer ser humano traduz-se na sua realização como ser autônomo, relativamente a de todas as suas potencialidades existenciais" (JUSTEN FILHO, *Empresa...*, op. cit., p.128).

²⁰⁸Luís Roberto Barroso classifica a função social da propriedade dos bens de produção entre os princípios setoriais ou especiais, ou seja, "aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos" (BARROSO, **Interpretação...**, op. cit., p.153-157).

²⁰⁹SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.144.

poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes"²¹⁰. De imediato, produz eficácia "negativa", derogando de forma implícita as disposições infraconstitucionais de conteúdo conflitante e ditando o dever de abstenção dos órgãos públicos quanto às ações que sejam contrárias ao seu conteúdo e alcance.²¹¹

No entanto, sob o ponto de vista dos particulares, a imposição de deveres positivos da aplicação do princípio da função social da empresa carecerá sempre da *interpositio legislativa*²¹², ou seja, de leis que estabeleçam as obrigações de fazer, de maneira a conformar a atuação empresarial à satisfação das necessidades coletivas.²¹³

Bem por isso, as prestações assemelhadas àquelas que atualmente constituem a essência da chamada "responsabilidade social" não representam encargos passíveis de serem imputados aos empresários ou sociedades empresárias só com base no princípio da função social, mormente levando-se em consideração que, no ordenamento constitucional brasileiro, vige o princípio da legalidade, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".²¹⁴

²¹⁰BARROSO, **Interpretação...**, op. cit., p.154.

²¹¹BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4.ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.119.

²¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.xxvi.

²¹³A respeito Galgano adverte que a prescindibilidade da lei na hipótese sob exame pode significar uma indesejável "funcionalização autoritária", prescrevendo então que: "*...la iniciativa económica privada, en aplicación de la Constitución, deba ser funcionalizada con arreglo a la utilidad social, pero debe tratarse de una funcionalización efectiva y debe tratarse de una funcionalización democrática. Su condición formal es la ley y su sede constitucional son las asambleas legislativas (...)* en amplio debate frente al país, y en confrontación dialéctica entre todas las fuerzas políticas" (GALGANO, op. cit., p.126).

²¹⁴Cf. artigo 5.º, II da Constituição Federal de 1988.

De outra parte, é importante lembrar que os princípios constitucionais gozam, em qualquer caso, de normatividade, gerando, daí, comandos coercitivos e não apenas meras recomendações, "exortações morais" ou "programas futuros" destituídos "de qualquer vinculatividade".²¹⁵ Nessa medida, se as benemerências empresariais hoje em voga pudessem ser tomadas como automática irradiação, na esfera dos particulares, do princípio da função social dos bens de produção, não seriam exatamente benemerências, mas resultados do cumprimento de um dever constitucional. E como dever constitucional, a sua observância não poderia depender apenas da conveniência e da "consciência" empresarial, já que a sua concretização, nessa hipótese, impor-se-ia coercitivamente a todos os agentes que exploram atividade econômica e não somente a alguns poucos interessados.

À evidência, as ações individuais encetadas pelos empresários nas áreas da saúde, educação, assistência social, entre outras de interesse de seus empregados e da comunidade, representam, indubitavelmente, um avanço, uma contribuição bastante positiva de parcela da sociedade para a redução do grande déficit social brasileiro. Esse justo reconhecimento, contudo, não permite concluir que ditas iniciativas constituam o exato conteúdo da função social da propriedade dos bens de produção, pois é a lei que deve delinear os contornos desta, que deve, enfim, definir as obrigações positivas que estejam em consonância com esse princípio constitucional. Desse modo, especificamente quanto ao efeito ativo da função social, é a densificação dessa diretiva, realizada pelo legislador, que "afirma a força normativa do normativo-constitucional".²¹⁶

Nesse quadro, vem a calhar a observação de José Afonso da Silva: "cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*".²¹⁷

²¹⁵CANOTILHO, **Direito constitucional**, op. cit., p.183-184.

²¹⁶CANOTILHO, **Constituição**..., op. cit., p.298.

²¹⁷SILVA, **Aplicabilidade**..., op. cit., p.76.

Fora disso, afigura-se inviável exigir tais comportamentos positivos dos exercentes de atividade econômica, podendo ser tal inviabilidade aferida a partir das seguintes indagações formuladas por Comparato:

Mas terá o empresário, também, deveres positivos? Fora do elenco de direitos trabalhistas do art. 7.º da Constituição, por exemplo, teriam as empresas o dever de desenvolver um plano de assistência social ou de previdência complementar para os seus empregados? O art. 116, parágrafo único, da Lei 6.404²¹⁸ obrigaria, porventura, o acionista controlador a fazer com que a companhia participasse de campanhas de recolhimento e amparo de menores abandonados, lançadas pelo governo do Município onde tem a sua sede? Mais especificamente, em caso de conflito entre interesse próprio da empresa, como unidade econômica, e o interesse geral da coletividade, deve o empresário sacrificar o interesse empresarial em prol do bem comum, deixando, por exemplo, de aumentar os preços dos produtos ou serviços de primeira necessidade, sem estar a isso legalmente obrigado?²¹⁹

Noutra passagem, o mesmo autor ressalta que a ausência de mecanismos jurídicos assecuratórios do cumprimento da função social afeta diretamente a aplicação do princípio:

Ora, essa clara afirmação da supremacia dos interesses comunitários e nacionais, quando em conflito com o escopo lucrativo da companhia, aparece em nosso direito despida do necessário aparelhamento de aplicação e eficácia. Cedemos aí, mais uma vez, à tradição jusnaturalista, de puras afirmações de princípio, sem o necessário complemento dos remédios jurídicos sancionatórios. Pois, se o titular desses interesses comunitários e nacionais transborda largamente o círculo empresarial, quem tomará a iniciativa de defendê-los e com que tipo de ação?²²⁰

²¹⁸Além do artigo 170, III da Constituição Federal, o princípio da função social encontra-se previsto no artigo 116 parágrafo único da Lei n.º 6.404/76, o qual dispõe que: "o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir a sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender". Também o artigo 154 do mesmo diploma legal estabelece que: "o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

²¹⁹COMPARATO, Estado, op. cit., p.44.

²²⁰COMPARATO, **O poder...**, op. cit., p.301.

Sem embargo dessa constatação, é preciso destacar que, respeitados os limites constitucionais, o Estado pode (e deve) implementar, pela via legal, essa função social "ativa", impondo aos titulares da empresa obrigações positivas para além dos antes mencionados resultados úteis inerentes à própria atividade econômica.²²¹

Porém, insta advertir que muitas das ações encampadas pelo movimento da "responsabilidade social" são voluntárias pela exata razão de se inserirem na esfera dos deveres do Estado, constitucionalmente previstos.²²² Em face dessa circunstância, o legislador infraconstitucional não pode fixá-las como obrigações dos titulares da empresa, a pretexto de densificar o princípio contido no artigo 170, III da Constituição, sob pena de se perpetrar indevida transferência aos particulares dos ônus estatais, legitimando-se, assim, o inescusável "abandono, pelo Estado, de toda a política social".²²³

²²¹Embora timidamente, algumas medidas de inclusão social têm sido impostas aos empresários por meio de legislação infraconstitucional. A Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, por exemplo, dispõe em seu artigo 93 que "a empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência...". O cumprimento desse preceito deve ser assegurado, inclusive, por meio de ação civil pública que, nos termos do artigo 3.º da Lei n.º 7.853/89, pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, pelas associações constituídas há mais de 1 (um) ano, nos termos da lei civil, bem como pelas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência. As cotas acima mencionadas são previstas também pelo art. 36 do Decreto n.º 3.298/99.

²²²Dentre os deveres estatais mais comumente encampados pelas medidas de "responsabilidade social" incluem-se a educação, a saúde, a cultura e a assistência social. Para conhecer os programas desenvolvidos por empresas privadas nessas áreas, consultar: CAMAROTTI, Ilka; SPINK, Peter. **O que as empresas podem fazer pela erradicação da pobreza**. São Paulo: Instituto Ethos, 2003; ALMEIDA, Pedro Washington de; ALMEIDA, Eduardo. **1.º Anuário de responsabilidade social – Paraná**: iniciativas que apontam soluções para o futuro. Núcleo de Responsabilidade Social – ISAE/FGV. Curitiba: ParanaPress, 2003.

²²³COMPARATO, Estado..., op. cit., p.46.

De acordo com Barroso:

O que o Estado não pode pretender, sob pena de subverter os papéis, é que a empresa privada, em lugar de buscar o lucro, oriente sua atividade para a consecução dos princípios-fins da ordem econômica como um todo, com sacrifício da livre-iniciativa. Isto seria dirigismo, uma opção por um modelo historicamente superado. O Poder Público não pode supor, *e.g.*, que uma empresa esteja obrigada a admitir um número *x* de empregados, independentemente de suas necessidades, apenas para promover o pleno emprego. Ou, ainda, que o setor privado deva compulsoriamente doar produtos para aqueles que não têm condições de adquiri-los, ou que se instalem fábricas obrigatoriamente em determinadas regiões do País, de modo a impulsionar seu desenvolvimento.²²⁴

Enfim, a funcionalização da empresa pressupõe a condução da atividade econômica em benefício da coletividade, mas não no exclusivo interesse desta, sendo, portanto, inexigível dos empresários ou das sociedades empresárias o total sacrifício de seus próprios interesses para a realização do bem comum.²²⁵

2.3 O LUCRO

Se os proprietários não podem ser privados de exercer o direito de propriedade também no seu próprio interesse individual²²⁶, infere-se ser vedado ao Estado, por quaisquer de seus Poderes, condicionar a exploração da empresa ao ponto de suprimir a sua capacidade de gerar lucro²²⁷. Aliás, é essa vantagem

²²⁴BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.226, p.187-212, out./dez. 2001. p.201.

²²⁵SUNDFELD, Função..., op. cit., p.19.

²²⁶Conforme Luís S. Cabral de Moncada, "a propriedade não é em si uma função social, muito embora tenha uma função social, mas que não traduz a totalidade do respectivo conteúdo. A dimensão subjectiva da propriedade e a respectiva função social são assim os dois vetores, as duas idéias-força do seu regime jurídico" (MONCADA, op. cit., p.156).

²²⁷Poderá, evidentemente, impor limites à percepção de lucro de forma a compatibilizar o interesse privado dos empresários com os imperativos do bem comum. Consoante bem acentua Marçal Justen Filho: "Há vinculação entre as faculdades atribuídas ao empresário e a realização de valores não referidos diretamente a ele. Isso não significa desnaturar a empresa e transformar o empresário em uma espécie de filantropo compulsório. É inerente à empresa a busca da eficiência e sua orientação para interesses egoísticos do empresário. Mas o que se afirma é que a realização de tais interesses apenas é válida em face do Direito se não for incompatível com a concretização de valores essenciais [como é a hipótese da dignidade da pessoa humana]" (JUSTEN FILHO, Empresa..., op. cit., p.130).

econômica que faz prosperar os negócios e que, por conseguinte, dá ao empresário a possibilidade de dirigir o empreendimento rumo ao cumprimento da sua função social. Conforme recorda Arnaldo Wald, "são os lucros de hoje que, desde logo, asseguram a sobrevivência da empresa e a melhoria dos salários e que ensejam a criação dos empregos de amanhã".²²⁸

Ademais, cabe lembrar que, desde os tempos mais remotos, o ganho está associado à produção de riquezas materiais, registrando J. Petrelli Gastaldi que "o lucro apareceu naquele dia em que o homem primitivo, fabricando seu primeiro instrumento ou utensílio, obteve, com ele, uma soma de utilidades ou de comodidades excedentes ao valor de seu esforço"²²⁹. E acrescenta:

A palavra lucro vem do latim "lucrum", substantivo masculino, que significa ganho ou benefício. Era um benefício ou ganho nas economias primitivas, quando havia a troca pura e simples de utilidades, e cada parte calculava o seu proveito de maneira subjetiva. Havia lucro nas antigas civilizações, com permutas já ampliadas, sendo que a moeda existia em muitas delas, embrionariamente, representada por sal, marfim e quaisquer outros produtos ou bens de grande valor intrínseco e utilitário. – Aqui convém esclarecer: o *dinheiro* foi anterior à moeda, pois esta pressupõe um governo que garanta o seu valor, enquanto que o dinheiro, emitido e garantido por particulares, foi o antecessor da moeda propriamente dita. – Prosseguindo, vemos que, então, era já mais fácil o aferimento do proveito entre os copermutantes (*sic*). Na Idade Média, havia lucro, muito embora restrito e dependente da moral religiosa. As grandes transações eram entabuladas (*sic*) ou efetuadas pelo Estado, intervencionista, visando ao bem-estar geral e coletivo, ou uma maior soma de poder econômico e político frente aos demais Estados.²³⁰

Entretanto, com a expansão e consolidação do capitalismo ocorrida a partir da Revolução Industrial, o lucro ganhou uma nova dimensão. A produção artesanal foi substituída pela produção em massa e a "utilização de máquinas, em larga escala,

²²⁸WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o código civil. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.57, p.22-39, out./dez. 2003. p.24. Advogando tese análoga: REALE JR., Miguel; AZEVEDO, David Teixeira. A ordem econômica na constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.12, p.138, 1995.

²²⁹GASTALDI, J. Petrelli. **O lucro**: sua legitimidade e limitação. Curitiba: Guaíra, [194?]. p.22.

²³⁰GASTALDI, **O lucro...**, op. cit., p.27.

produziu a substituição da fabricação manual e personalíssima".²³¹ Nesse ambiente surgiram duas novas classes – a dos capitalistas, em grande parte composta por antigos negociantes que passaram a deter os instrumentos de produção, e a dos trabalhadores assalariados, muitos dos quais eram artesãos que perderam a sua autonomia e passaram a vender a força de trabalho para ganhar o próprio sustento.²³²

Na percepção de Marx, os interesses econômicos de capitalistas e trabalhadores eram opostos, na medida em que os primeiros somente podiam lucrar à custa da exploração dos últimos. Em apertada síntese, sustentava a correspondência da lucratividade com a mais-valia, admitindo então que o lucro do patrão (capitalista) equivalia, na verdade, às horas de trabalho não pagas aos seus empregados (trabalhadores assalariados).²³³ Nesse sentido afirmava:

São duas magnitudes bem diversas o que a mercadoria custa ao capitalista e o que custa produzi-la. Da mercadoria, a parte constituída pela mais-valia nada custa ao capitalista, justamente por custar ao trabalhador trabalho que não é pago. Ao capitalista o preço de custo parece necessariamente constituir o verdadeiro custo da mercadoria, pois, no sistema capitalista, o trabalhador, após entrar no processo de produção, é um ingrediente do capital produtivo operante pertencente ao capitalista. (...) O excedente do valor da mercadoria sobre o preço de custo, embora se origine diretamente do processo de produção, só se realiza no processo de circulação, e a aparência de provir do processo de circulação se robustece porque, efetivamente, em meio à concorrência, no mercado real, depende das condições deste a possibilidade de realizar-se e o grau em que se realiza em dinheiro esse excedente.²³⁴

²³¹JUSTEN FILHO, Empresa..., op. cit., p.110.

²³²GASTALDI, **O lucro**..., op. cit., p.23.

²³³Como lembra Daniel R. Fusfeld, o pensamento de Marx toma como ponto de partida "a *teoria do valor trabalho*, desenvolvida pelos economistas liberais e pelos clássicos", a qual "afirmava que o valor real de qualquer produto ou serviço é simplesmente o montante de trabalho usado na sua produção. Uma mesa que leve dez horas para ser produzida vale o dobro de uma cadeira que toma cinco horas de trabalho, admitindo mão-de-obra da mesma qualidade" (FUSFELD, Daniel R. **A era do economista**. Tradução: Fábio D. Waltenberg. São Paulo: Saraiva, 2001. p.83).

²³⁴MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 6.ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. v.4. . Livro Terceiro. O processo global da produção capitalista. p.30 e 46.

Não obstante, a noção marxiana de lucro-confisco não prevaleceu na maioria das economias modernas. Hodiernamente, as sociedades capitalistas não atribuem à lucratividade a conotação espúria que lhe emprestou a teoria marxiana, preponderando o conceito de lucro-eficiência como expressão da capacidade empreendedora do empresário, ou seja, como o merecido prêmio pela sua disposição de assumir riscos e pelo seu talento de bem alocar os recursos, coordenar a mão-de-obra e aproveitar as condições mais favoráveis do mercado para obter um retorno econômico superior ao montante de seu investimento.²³⁵

De acordo com Sztjan,

a manutenção da produção em regime de oferta continuada, permanentemente, para satisfação de interesses de consumidores, não seu escopo lucrativo, é que explica a existência e a permanência da empresa nos regimes capitalistas. Utilidade produzida, portanto criação de riqueza, são os elementos que interessam à sociedade; o lucro interessa à medida que constitui estímulo para que se aceite o risco da empresa.²³⁶

Na vigente Constituição brasileira, o direito ao lucro não figura expressamente como princípio da ordem econômica, circunstância esta que leva Comparato a assegurar que o ordenamento jurídico pátrio o trata como "um simples *licere*, uma liceidade sem conteúdo impositivo".²³⁷

Porém, revela-se plenamente possível cogitar da lucratividade como preceito constitucional implícito, mormente se considerado como corolário lógico do princípio da propriedade privada dos bens de produção, este sim assentado de modo expreso no artigo 170, II da Carta Magna.

Segundo Fernando Facury Scaff, o Princípio da Lucratividade dimana da junção dos preceitos que, na Constituição, aclamam o capitalismo como sistema de regência da economia, destacadamente a propriedade privada dos bens de produção e

²³⁵GASTALDI, **O lucro...**, op. cit., p.26.

²³⁶SZTAJN, **Teoria...**, op. cit., p.147.

²³⁷COMPARATO, **Direito empresarial...**, op. cit., p.11.

a liberdade de iniciativa.²³⁸ Daí, declara ele, "estes Princípios, que decorrem da adoção de um sistema capitalista, permitem que se possa afirmar que o Princípio da Lucratividade possibilita aos agentes econômicos que ajam em busca do lucro no desenvolvimento de suas atividades. E toda e qualquer ação que venha a impedir esta busca pelo lucro será indevida e deverá ser objeto de uma indenização".²³⁹

Todavia, o autor apressa-se em esclarecer que essa prerrogativa comporta temperamentos, sobretudo quando confrontada com outros valores também albergados pelo mesmo artigo 170 da Constituição, dos quais sobressaem os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, da defesa da concorrência, da defesa do meio ambiente e da busca do pleno emprego. Destarte, enfatiza Scaff que:

Tal conjugação de forças indica que os Princípios que estabelecem um regime econômico liberal [propriedade privada e livre iniciativa] não podem ser interpretados isoladamente. Daí porque a busca do lucro, em um regime econômico intervencionista como o brasileiro atual (a despeito das incontáveis reformas neoliberais implementadas na Carta de 1988), não pode permitir a busca desenfreada pelo lucro abusivo. E nem pode permitir que haja um impedimento à busca de uma certa lucratividade, neste aspecto traduzida como saldo positivo de balanço. As limitações (...) se traduzem em ações limitadoras do lucro liberal capitalista perfeitamente adequadas ao ordenamento jurídico brasileiro atual.²⁴⁰

Acrescente-se que, no seu conjunto, a ordem jurídica nacional denota a sua adesão à legitimidade do lucro, quando vocacionado, pelo menos em tese, a "favorecer simultaneamente produtores e consumidores, capital e trabalho",²⁴¹ ao mesmo tempo em que repele o ganho oriundo de uma atuação da empresa que

²³⁸SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.224, p.339, abr./jun. 2001.

²³⁹SCAFF, op. cit., p.340.

²⁴⁰SCAFF, op. cit., p.340.

²⁴¹BULHÕES, Octávio Gouvêa de. **Dois conceitos de lucro**. Rio de Janeiro: APEC, 1969. p.19-35.

esteja em desconformidade com a função social ou que configure evidente abuso do poder econômico.²⁴²

No nível da legislação ordinária, ao regular o Direito de Empresa, o novo Código Civil incluiu na qualificação do empresário a profissionalidade, um atributo no qual muitos julgam ínsito o escopo de lucro.²⁴³

Analisando semelhante disposição contida no *Codice Civile* italiano, Galgano anota que do seu conteúdo somente se pode extrair uma conclusão de índole negativa, qual seja, "não é, na linguagem do legislador, atividade *profissionalmente* exercida a prestada de forma gratuita".²⁴⁴ No seu entender, para que o empresário seja qualificado como tal, não se faz necessário que ele seja movido pelo intuito de lucro, bastando, para tanto, que se dedique a uma atividade *abstratamente* lucrativa. Logo, propõe o autor a substituição do elemento subjetivo, calcado na motivação humana, por outro de caráter objetivo, qual seja, "a idoneidade abstrata da atividade exercida para procurar um lucro", independentemente dos fins perseguidos que, inclusive, podem ser "de natureza ideal".²⁴⁵

Por certo, para se aferir se um empreendimento "se destina ao lucro (e, portanto, o propicia no sentido jurídico)" impõe-se examinar "não as reservas

²⁴²Cf. art. 173, § 4.º da Constituição Federal.

²⁴³Nesse sentido ver: ASQUINI, op. cit., p.116; BULGARELLI, op. cit., p.409.

²⁴⁴"En realidad, del artículo 1767 se puede deducir solo este elemento de orden negativo: no es, en el lenguaje del legislador, actividad profesionalmente ejercida la prestada en forma gratuita." (GALGANO, op. cit., p.41).

²⁴⁵"Lo que en el pasado se concebía como un requisito de orden subjetivo, referente a la esfera de los motivos que determinan la acción humana, de este modo ha revelado una naturaleza esencialmente objetiva y ello porque se ha concebido como un requisito – la idoneidad abstracta de la actividad ejercida para procurar un lucro – compatible con la persecución, en concreto, de cualquier orden de fines" (GALGANO, op. cit., p.41).

mentais do empreendedor",²⁴⁶ individual ou coletivo, mas a viabilidade econômica e a "qualificação jurídica" das suas atividades-fins.

Com relação ao primeiro aspecto, é evidente que só faz sentido se falar em lucratividade do empreendimento quando a atividade explorada é hipoteticamente apta a apresentar um saldo excedente de caixa. Baseado nesse pressuposto lógico, o artigo 997, VII do novo Código Civil estatui como "cláusula obrigatória" do contrato social das sociedades simples e sociedades empresárias²⁴⁷ "a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas". Numa palavra, a norma não imporia a obrigatoriedade da disciplina do lucro no ato constitutivo das referidas sociedades se não partisse da pressuposição de que estas devem ser, virtualmente, lucrativas.

Mas, essa circunstância, por si só, não basta para determinar a finalidade lucrativa do empreendimento, pois nem sempre o Direito reconhece como lucro o saldo positivo contábil alcançado na exploração de atividade econômica.

Isso é o que se verifica com relação aos excedentes financeiros obtidos pelas cooperativas, já que o escopo lucrativo é expressamente afastado pelo artigo 3.º da Lei n.º 5.764/71, o qual dispõe que "celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica de proveito comum, sem objetivo de lucro".

Na acepção do Código Civil de 2002, as cooperativas desenvolvem atividades capazes de produzir "resultados" (art. 985) econômicos a serem partilhados, "proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade" (1094, VII). A expressão "resultado", frise-se, possui conotação abrangente, englobando tanto o lucro e as perdas das sociedades simples

²⁴⁶SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e noção de lucro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.6, p.263-268, abr./jun. 1994. p.265.

²⁴⁷Apesar de a referência à participação dos sócios nos lucros e perdas encontrar-se inserida no capítulo que regula a sociedade simples, não remanescem dúvidas quanto à extensão de sua aplicabilidade também às sociedades empresárias, notadamente em face do que dispõem os artigos 1.040, 1.046 e 1.053.

(art. 997, VII) e sociedades empresárias, quanto o superávit²⁴⁸ e o déficit das sociedades cooperativas (art. 1094, VII).

De acordo com Bulgarelli, "ao incluir entre as características da cooperativa, (...) '*Distribuição dos resultados*' proporcionalmente ao valor das operações efetuadas pelo sócio com a sociedade" o Código "ajustou a cooperativa ao conceito de sociedade, sem as implicações sobre o lucro tão discutido na doutrina, principalmente, a italiana".²⁴⁹

Destarte, todas as atividades disciplinadas pelo Livro II do novo Código Civil de 2002, empresariais ou não, apresentam propensão para atingir "resultados" econômicos, positivos ou negativos. Daí, revela-se pertinente afirmar que, na ordem jurídica vigente, o lucro não é um elemento essencial da empresa, mas apenas um "resultado" possível de ser alcançado por via da atuação empresarial.²⁵⁰

²⁴⁸Na opinião de Geraldo Ataliba, lucro e superávit não são expressões sinônimas. Ambos seriam "resultados" de uma atividade econômica empreendida, mas o primeiro seria a concretização de um objetivo perseguido, enquanto o segundo corresponderia a um "excesso" contábil alcançado involuntariamente (ATALIBA, Geraldo. Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.200, p. 358-359, abr./jun. 1995.

²⁴⁹BULGARELLI, op. cit., p.446.

²⁵⁰RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e função**. Curitiba: Juruá, 1999. p.54.

3 O AGENTE ECONÔMICO PÚBLICO

3.1 AS CONDICIONANTES CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO

Conforme antes assinalado, por força dos princípios da livre iniciativa e da propriedade privada previstos na Carta Constitucional²⁵¹, as atividades de produção de bens e serviços para o mercado são desenvolvidas, prioritariamente, pelos particulares que, via de regra, exploram-nas através de organizações econômicas chamadas empresas.

Excepcionalmente, admite-se que essa exploração seja levada a cabo pelo Estado, por meio de empresas estatais, constituindo esta uma das formas de que se utiliza o Poder Público para intervir no domínio econômico.

Na ordem jurídica brasileira, a atuação estatal nessa seara econômica "somente será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei". Esta é a orientação expressa no artigo 173, *caput* da Constituição Federal de 1988, cujo alcance, porém, tem gerado intensas controvérsias na doutrina.

Na sistemática da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n.º 1/69, as empresas privadas, expressamente, gozavam de *preferência* na exploração de atividades econômicas dirigidas ao mercado, incumbindo ao Estado fazê-lo apenas em caráter suplementar, "por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais".²⁵²

²⁵¹Cf. art. 170 *caput* e inciso II da Constituição Federal de 1988.

²⁵²Cf. art. 163 da Constituição de 1967, e artigo 170 da Emenda Constitucional n.º 1/69.

Contudo, diversamente dos textos anteriores, o atual artigo 173 não mais faz a referência expressa à complementariedade da atuação empresarial do Estado, levando alguns juristas de escol a concluir que a ordem constitucional vigente autoriza "a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada"²⁵³, bastando, para tanto, a configuração dos pressupostos *segurança nacional e relevante interesse coletivo*.

Criticando o conteúdo do dispositivo supra, Toshio Mukai lamenta que a Constituição de 1988 não tenha feito menção expressa à preferência da iniciativa privada na exploração da atividade econômica, reputando ser esta alteração significativa em relação à Emenda n.º 1/69, na medida em que enseja a participação do Estado "palco econômico, haja ou não empresa privada atuando no setor correspondente".²⁵⁴

Apesar de respeitadas, tais opiniões não exprimem o entendimento majoritário na doutrina pátria. Para a maioria, o preceito constitucional sob enfoque indica que, mesmo quando presentes os imperativos da *segurança nacional e relevante interesse coletivo*, a atuação do Estado como agente econômico dependerá sempre da comprovação da incapacidade da iniciativa particular e das melhores condições do setor público para o cumprimento desses objetivos.²⁵⁵

Na visão de Barroso²⁵⁶, o princípio da subsidiariedade, que norteou a Emenda Constitucional n.º 1/69, remanesce no vigente ordenamento jurídico,

²⁵³SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.735.

²⁵⁴MUKAI, Toshio. **A administração pública na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p.130.

²⁵⁵BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v.7. p.74.

²⁵⁶BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.408.

impedindo o Estado de criar entidades com a finalidade de estabelecer concorrência com os particulares fora das hipóteses de extrema relevância.

Preconizando a tese de que a ação do Estado empresário foi traçada no contexto do planejamento econômico de que trata o artigo 174 da Constituição, Marcos Juruena Villela Souto adverte que:

Como o regime é de livre iniciativa, o Estado não deve se antecipar ao particular na exploração da atividade econômica, devendo, antes, oferecer os setores de interesse ao particular (inclusive fazendo uso dos instrumentos de fomento, que não devem ser concedidos discricionariamente, mas, sim, vinculados a um contexto de benefício global – sem favorecimento a um setor ou grupo econômico). Somente se o setor privado não se interessar pelo setor ou empreendimento previsto no plano como indispensável ao desenvolvimento econômico é que o Estado está autorizado a explorar a atividade (poder-dever de agir diante do interesse público, diante do princípio da subsidiariedade). Só seguindo esse método é que a lei cria a empresa pública ou a sociedade de economia mista não será inconstitucional por violação do princípio da livre iniciativa.²⁵⁷

Positivamente, o exercício, pelo Estado, de atividades econômicas na área de produção de mercado opera-se apenas em caráter subsidiário, compreendida essa subsidiariedade não só em sua "função de suplência", mas também no sentido de "limitação da intervenção" estatal.²⁵⁸

Nesse aspecto, o artigo 173 da Constituição de 1988, no que se refere às condições que autorizam o Poder Público a explorar atividades típicas do setor privado, não permite uma compreensão diversa daquela que imperava antes da sua vigência. Pressupor que o Estado pode se utilizar dos meios empresariais para ofertar bens e serviços ao mercado, mesmo quando as empresas privadas estão aptas a fazê-lo, adequadamente, significa tomar a exceção como regra.²⁵⁹

²⁵⁷SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo da economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.86-87.

²⁵⁸BARACHO, op. cit., p.26.

²⁵⁹Convém lembrar que a noção de subsidiariedade da ação estatal na esfera econômica foi cunhada pela doutrina social da Igreja Católica, a partir da encíclica *Rerum Novarum*, editada em 1891 pelo Papa Leão XIII. Considerado uma "resposta cristã ao Manifesto Comunista e a ' O Capital' ", o documento critica ao mesmo tempo o liberalismo e o socialismo: o primeiro porque, "ocupando-se das *vantagens* dos interesses no plano econômico, desinteressa-se ele das conseqüências

Impõe-se advertir que essa aptidão da empresa privada não pode ser inferida da simples existência de particulares operando no setor produtivo ou com possibilidade de nele operar. Ainda que a iniciativa privada esteja presente em determinado mercado, o Estado poderá dele participar, não por "mera conveniência", mas desde que sem a sua participação "sejam desatendidos os imperativos de segurança nacional e o relevante interesse coletivo"²⁶⁰.

Por essa razão, a problemática acerca dos limites dessa modalidade de intervenção estatal na economia centra-se, em verdade, na definição das situações fáticas que se enquadram nesses dois pressupostos constitucionais, mormente porque ambos apresentam conteúdos indeterminados. Daí, não se afigura possível indicar, *a priori*, todos os casos que podem ser compreendidos nos conceitos de "imperativos da segurança nacional" e "relevante interesse coletivo", dado que tal pretensão encontra limite na natural barreira da linguagem, assim descrita por Genaro R. Carrió:

...as palavras comuns que usamos não estão perfeitamente definidas, quaisquer que sejam nossas crenças sobre o particular. Quando pensamos havê-las delimitado em todas as direções, o caso insólito nos mostra que um aspecto não contemplado carecia de determinação. Não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir *todos* os casos possíveis, simplesmente porque não podemos prever todos os casos possíveis. Não podemos esgotar a descrição de um objeto material nem, portanto, formular uma lista completa de todas as propriedades em relação às quais podem ser registradas variantes

desfavoráveis no plano *social*"; e, o segundo, "quer por sua oposição a certas instituições intimamente ligadas à iniciativa e à dignidade do homem – tal como a da propriedade privada – quer por sua posição favorável à luta de classes". Reconhece a legitimidade do intervencionismo estatal, mas sempre limitado às hipóteses em que "a liberdade concedida às relações naturais ponha em risco a realização da justiça". Na encíclica seguinte, *Quadragesimo Anno*, editada pelo Papa Pio XI em 1931, a Igreja Católica insiste na importância da preservação da propriedade privada; opõe-se à assunção, pelo Estado, de atividades que "não lhe competem", atribuindo-lhe, daí, "o papel, a um tempo, de fiscal e de incentivador" do processo econômico, com vistas "a refrear a iniciativa privada toda vez que se exerça esta em detrimento do interesse geral". As encíclicas seguintes, *Mater et Magistra* (1961, Papa João XXIII), *Pacem in Terris* (1963, Papa João XXIII), *Populorum Progressio* (1967, Papa Paulo VI) e *Humanae Vitae* (1968, Papa Pio VI) seguem, em linhas gerais, as diretrizes traçadas pelas duas primeiras (Cf. HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 1984. p.289-326).

²⁶⁰RIBEIRO, op. cit., p.115. Nesse sentido, ver também: CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com modificações das Leis n.º 9.457, de 5 de maio de 1997, e n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002. p.355.

ou combinações de eventual relevância. Estas habilidades não são inerentes aos seres humanos nem podem ser adquiridas mediante algum treinamento especial. É por isso que as palavras apresentam esta característica de vagueza potencial ou textura aberta; e é por isso, também, que tal característica constitui, por assim dizer, uma enfermidade incurável das linguagens naturais.²⁶¹

Reza a Constituição Federal (art. 173) que à lei cabe definir as situações que se enquadram nos pressupostos antes referidos. Diante da manifesta impossibilidade de o legislador exaurir todas as hipóteses que demandam a intervenção direta do Estado no mercado, essa legislação não poderá ir além de dispor sobre os critérios gerais para a identificação dos casuísmos passíveis de serem incluídos nos conceitos de "relevante interesse coletivo" e "imperativos de segurança nacional".²⁶²

Em face dessa circunstância, tal conceituação "há de se dar em dois níveis diferentes. Inicialmente, num genérico e abstrato, e depois no momento da efetiva assunção, por lei específica que reitere a definição dos propósitos com os quais a empresa governamental a ser criada se legitima".²⁶³ Ainda que o artigo 173 *caput* não disponha sobre o tipo dessa lei genérica que deve delinear os conceitos de "imperativos de segurança nacional" e "relevante interesse coletivo", impõe-se a adoção de lei

²⁶¹ "...las palabras generales que usamos no están perfectamente definidas cualesquiera sean nuestras creencias sobre el particular. Cuando pensamos haberlas delimitado en todas las direcciones el caso insólito nos muestra que en un aspecto no contemplado faltaba determinación. No disponemos de un criterio que nos sirva para incluir o excluir todos los casos posibles, por la sencilla razón de que no podemos prever todos los casos posibles. No podemos agotar la descripción de un objeto material ni, por lo tanto, formular una lista completa de todas las propiedades en relación con las cuales pueden registrarse variantes o combinaciones de eventual relevancia. Estas aptitudes no forman parte del equipo de los seres humanos ni pueden adquirirse mediante algún adiestramiento especial. Es por ello que las palabras presentan esta característica de vaguedad potencial o textura abierta; y es por ello, también, que tal característica constituye, por decir así, una enfermedad incurable de los lenguajes naturales." (CARRIO, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971. p.34-35).

²⁶²SOUTO, op. cit., p.86. Também Toshio Mukai preceitua que as expressões sob exame somente podem ser determinadas no caso concreto, inferindo, assim, a total impossibilidade de vir a lei a enumerar de modo taxativo os casos que autorizariam a atuação do Estado pela via empresarial (MUKAI, op. cit., p.131).

²⁶³BASTOS, **Comentários...**, op. cit., p.75.

complementar, pois é desta natureza a legislação que delimitará as áreas de atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista (art. 37, XIX).²⁶⁴

Cumprido, todavia, ressaltar que o legislador infraconstitucional não é totalmente livre para definir o conteúdo desses pressupostos, sendo errôneo supor, diz Lúcia Valle Figueiredo, "que a expressão consagrada no texto constitucional, quer referente à *segurança nacional*, quer ao *relevante interesse coletivo*, possa ser um ' abre-te sésamo' para o Estado, como, aliás, tem sido indevidamente"²⁶⁵

A legitimação do Estado empresário para atuar na defesa do "relevante interesse coletivo" está diretamente associada à necessidade de sua intervenção para corrigir as falhas do mercado. Segundo Eduardo J. Rodriguez Chirillo, "as manifestações concretas daquele motivo [falhas do mercado] para a criação de empresas têm sido – e são – a proteção de indústrias incipientes e a complexidade de projetos industriais, pelos seus custos elevados na produção junto com os altos riscos de investimento que exigem longos prazos de amortização", gerando, por isso, mínima rentabilidade.²⁶⁶

²⁶⁴Sobre essa exigência constitucional, observa Marcos Juruena Villela Souto que "não é livre o Chefe do Poder Executivo para, no exercício da direção superior da administração (CF, art. 84, II), definir, na iniciativa das leis (CF, art. 37, XIX, c/c 61, § 1.º, II, e), toda e qualquer matéria como de interesse público ou segurança nacional. Cabe à sociedade clamar pelo atendimento de um interesse público e não aos governantes ' criarem' interesses da sociedade para serem atendidos pela máquina estatal. Daí a Emenda Constitucional n.º 19/98 exigir ' lei complementar' definindo as funções que podem ser exploradas por empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações" (SOUTO, op. cit., p.68). Adotando posição contrária, Eros Roberto GRAU defende que a necessidade de lei complementar a que alude o artigo 37, XIX da Constituição alcança apenas as fundações (GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.305).

²⁶⁵FIGUEIREDO, op. cit., p.112. Posição semelhante é defendida por DERANI, op. cit., p.53.

²⁶⁶"*Las manifestaciones concretas de aquel motivo para la creación de empresas han sido – y son – el de la protección de industrias incipientes y la complejidad de proyectos industriales, por sus elevados costes en la producción junto con los altos riesgos de inversión que exigen largos plazos de amortización de las inversiones reduciendo beneficios mínimos.*" (CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. **Privatización de la empresa pública y post privatización: análisis jurídico**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995. p.75-76).

Com referência à "segurança nacional", Álvaro Lazzarini²⁶⁷ esclarece que tal expressão diz respeito

à *soberania nacional* no sentido de proteção das áreas econômicas, cuja reserva deve ficar a cargo do Estado como garantia da *soberania da nação brasileira*, impedindo que caiam em mãos de particulares que poderiam repassá-las a estrangeiros, não existindo aí o *enfoque da ordem política* ou da *ordem pública*, mas essencialmente *enfoque de ordem econômica*, embora todos os planos da *ordem* devam se integrar de modo harmônico.²⁶⁸

Para Tadeu Rabelo Pereira, "a definição legal dos imperativos da segurança nacional deverá ater-se à consideração dos meios necessários à promoção da defesa externa do País e à garantia das suas instituições democráticas, tal como delineadas na Constituição da República" (defesa interna).²⁶⁹

Porém, em geral a doutrina atribui à *segurança nacional* mencionada no artigo 173 um sentido mais restrito, perfilhando o entendimento de que as atividades desenvolvidas pelo Estado sob esse fundamento correspondem à produção bélica voltada "ao regular funcionamento e até mesmo ao satisfatório aparelhamento das forças armadas".²⁷⁰

De qualquer modo, é preciso salientar, a atividade de mercado haverá que ser explorada pelo Estado em regime de competição com a iniciativa privada²⁷¹,

²⁶⁷LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.140.

²⁶⁸Conforme se verá mais adiante, no Capítulo 4, seções 4.1 e 4.2, foi essa concepção de *segurança nacional* que justificou a criação e a ampliação do número de empresas estatais no período mais intervencionista da recente história brasileira.

²⁶⁹PEREIRA, Tadeu Pereira. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001. p.53-54.

²⁷⁰BASTOS, **Comentários...**, op. cit., p.73.

²⁷¹Esta exigência deflui não só do princípio da livre concorrência (art. 170, IV da CF/88) como também da liberdade econômica assegurada a particulares (art. 170, parágrafo único da CF/88).

vedada, assim, a instituição de monopólios estatais, além daqueles constitucionalmente previstos.²⁷²

No entanto, é evidente a possibilidade de o Estado atuar sem concorrentes, quando, por exemplo, utiliza-se de uma de suas empresas para suprir a ausência de oferta de determinado produto ou serviço pela iniciativa privada. O que não se pode admitir, na verdade, é que o ente estatal reserve para si a exploração de determinada atividade, impedindo, por via de norma infraconstitucional, a instalação da concorrência nesse setor.²⁷³

A respeito, insta notar que o nexos que se estabelece entre o Poder Público e o princípio da livre concorrência há que ser focado sob três diferentes ângulos – o primeiro relativo à ação reguladora do Estado que, através de mecanismos legislativos²⁷⁴, intervém para corrigir os desvios concorrenciais do mercado; o segundo correspondente à ação estatal que, pela via empresarial, busca alcançar o mesmo objetivo²⁷⁵; e o terceiro concernente ao dever que tem o Estado de respeitar o princípio da livre concorrência na sua própria atuação como empresário.

Nos dois primeiros casos o ente estatal age para assegurar o cumprimento da norma constitucional, ao passo que, no último, atua sob o influxo dela. Por

²⁷²Nesse sentido: COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996. p.149; MELLO, **Curso...**, op. cit., p.639.

²⁷³Em sentido contrário, admitindo a possibilidade de instituição de monopólios estatais por via de lei: GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.308.

²⁷⁴Cf. Lei n.º 8.884/94.

²⁷⁵Embora, hipoteticamente, a regulação da concorrência possa representar um “relevante interesse coletivo” hábil a autorizar a criação de empresas estatais, Eduardo J. Rodriguez Chirillo contesta essa possibilidade, afirmando não ser a via empresarial a mais adequada a essa finalidade. Aduz então que “*no parece la solución más idónea que la intervención adquiera la forma empresarial, pues ante la existencia de acuerdos colusorios que atentan contra la competencia, la eliminación de barreras arancelarias y la apertura del mercado interior a la competencia internacional (medidas desreguladoras), junto com un control destinado a evitar aquellos acuerdos (medida regulatoria), constituyen medidas que permiten obtener resultados semejantes, afectando en menor medida a las libertades económicas*” (CHIRILLO, op. cit., p.76).

consequente, pode-se afirmar que, de certo modo, o princípio da livre concorrência se apresenta também como um condicionamento à atuação do Estado na esfera econômica de mercado, decorrendo daí a impossibilidade de serem os "imperativos da segurança nacional" e o "relevante interesse coletivo" atendidos mediante a instituição de empresas estatais que operem em regime de monopólio legal.

3.2 AS EMPRESAS ESTATAIS

Para explorar a produção de mercado o Estado se utiliza das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das suas respectivas subsidiárias, de conformidade com o artigo 173, § 1.º da Constituição de 1988.

Antes disso, a Constituição de 1967 havia disciplinado as duas primeiras entidades no artigo 163, § 2.º, dispondo então que, "na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas, as autarquias e sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e das obrigações". Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 01/69 alterou parcialmente esse texto, para excluir do seu âmbito as autarquias, mantendo, no resto, a redação original, só que agora no artigo 170, § 2.º.

Até esse momento, a empresa pública não havia sido contemplada por qualquer Carta Constitucional e, no tocante à sociedade de economia mista, a Constituição de 1946 foi a primeira a fazer-lhe referência.²⁷⁶

No ordenamento infraconstitucional, o Decreto-lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispôs sobre a organização da Administração Federal e estabeleceu as diretrizes para a Reforma Administrativa, tratou dessas entidades de

²⁷⁶A Carta de 1946 limitou-se a mencionar as sociedades de economia mista em dispositivos que tratavam, respectivamente: a) do impedimento para a celebração de contratos com deputados e senadores, bem como para nomeação desses agentes políticos para cargos em comissão (48, I, a e b); b) da legitimidade para figurar no pólo passivo de ação popular proposta com a finalidade de anular ou declarar a nulidade de atos lesivos ao seu patrimônio (141, § 38); c) do impedimento de contratação de empregado em débito com o serviço militar (181, § 3.º).

forma sistematizada²⁷⁷, classificando-as como integrantes da administração indireta da União, criadas por lei para a exploração de atividades econômicas.

Desde a sua edição, esse diploma normativo vem sendo duramente criticado pelas falhas técnicas que apresenta.²⁷⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, objeta que a criação das sociedades de economia mista e empresas públicas que exploram "atividade reservada essencialmente à iniciativa privada", a rigor, não poderia ser relacionada à descentralização administrativa, dado que essa hipótese somente se configura "quando o poder público destaca um **serviço público que lhe é próprio** para transferi-lo (...) a outra entidade, com personalidade jurídica própria", até porque, "ninguém pode delegar uma atribuição que não lhe pertence"²⁷⁹.

Em substância, tal objeção decorre do fato de haver o referido Decreto-lei considerado empresas públicas e sociedades de economia mista aquelas que "exercem **atividade econômica**", numa aparente indicação de que as suas disposições não se estendiam aos entes da administração indireta criados com o escopo de prestar *serviço público*. Todavia, a aplicação desses mecanismos

²⁷⁷A ausência de previsão constitucional ou sistematização legal nunca representou impedimento para a criação de empresas estatais. Apesar de não receberem a denominação de empresas públicas ou sociedades de economia mista, muitas entidades com iguais características foram criadas no Estado brasileiro, muitas delas antes mesmo da Constituição Federal de 1946. Como exemplos podem ser citados: a) o Instituto de Resseguros do Brasil (Dec.-lei 1.186/39); b) a CSN - Companhia Siderúrgica Nacional (Dec.-lei 3.002/41); c) a Companhia Vale do Rio Doce (Dec.-lei 4.352/42); d) a Companhia Hidrelétrica do São Francisco (Dec.-lei 8.031/45). Para conhecer outros exemplos, consultar: RIBEIRO, op. cit., p.81-83; MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972. p.99-101.

²⁷⁸Para Celso Antonio Bandeira de Mello "não é difícil perceber que o Decreto-lei em exame, desde o seu ponto de partida, resente-se tanto de impropriedades terminológicas, quanto de falhas em seus propósitos sistematizadores, levando a crer que foi elaborado por pessoas de formação jurídica nula ou muito escassa, como sói ocorrer ao tempo da ditadura militar instalada a partir de 1964 e cujos últimos suspiros encerrar-se-iam em 1986" (MELLO, **Curso...**, op. cit., p.146).

²⁷⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.357.

empresariais a tal finalidade sempre foi reconhecida, tendo a doutrina²⁸⁰, para tanto, tomado a expressão atividade econômica em seu sentido amplo.²⁸¹

Apesar dessas imprecisões terminológicas e tantas outras censuras que possam ser feitas ao Decreto-lei n.º 200/69, é dos conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista nele enunciados que, com algumas pequenas ressalvas, são extraídas as características amplamente proclamadas "como próprias desses tipos de entidade", em todos os níveis da federação.²⁸²

Por sinal, conquanto dito texto normativo tenha sua abrangência circunscrita à União, a doutrina, de modo geral, admite a possibilidade da criação das sociedades de economia mista e empresas públicas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. Para José Afonso da Silva, o termo "Estado" empregado pelo artigo 173 "abrange todas as entidades estatais", pois quando da Carta Magna quer referir-se a cada uma delas o faz mencionando "especificamente a União, ou qualquer outra unidade da Federação".²⁸³

Na obra de Hely Lopes Meirelles²⁸⁴, destaca-se que qualquer ente político pode criar empresas estatais, inclusive para a exploração de atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada, pois, além do artigo 173, § 1.º da

²⁸⁰Desse entendimento compartilham: GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob controle do estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.55, p.35-59, jul./set. 1984. p.44-46; DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p.357-358.

²⁸¹Atualmente, a Constituição de 1988 impõe em seu artigo 173, § 1.º a necessidade de aplicação de regras especiais às sociedades de economia mista e empresas públicas que "**explorem atividade econômica**", admitindo, a *contrario sensu*, que essas entidades possam também exercer atribuições típicas da administração pública, como a prestação de *serviços públicos*.

²⁸²DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p.387.

²⁸³SILVA, **Curso...**, op. cit., p.736.

²⁸⁴MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16.ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p.321 e 322. Perfilhando semelhante entendimento: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.254.

Constituição de 1988 não se estender apenas à União²⁸⁵, "a razão desse poder de criação de tais empresas políticas menores está em que sua instituição é ato de direito administrativo e não de direito privado como pode parecer".

Adotando posição mais restritiva, Souto afirma que "Estados e Municípios podem criar empresas estatais desde que para a prestação de serviços públicos ou para intervir no domínio econômico na modalidade do fomento, mas não para concorrerem com o setor privado".²⁸⁶

Em que pesem as opiniões supra, urge considerar que a demarcação da competência dos entes federados para criar empresas estatais exige uma interpretação sistemática da Constituição, não podendo ser aferida de dispositivos isolados.

Primeiramente, não remanescem dúvidas de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios gozam de autonomia para dispor sobre as suas respectivas organizações administrativas, o que leva a concluir que estes entes políticos podem, com base em suas próprias legislações, criar empresas estatais para executar os serviços públicos que lhes são afetos.

No que pertine à produção de mercado, entretanto, a análise da questão deve levar em conta o fato de que, como visto antes, a criação de sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias "só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Para atender "aos imperativos da segurança nacional", somente a União poderá criar as aludidas empresas estatais, já que se trata de matéria de sua exclusiva competência legislativa (cf. arts. 21, III e 22, XXVIII da CF/88).²⁸⁷

²⁸⁵Também a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 01/69 trataram das empresas públicas e sociedades de economia mista em dispositivos de alcance geral.

²⁸⁶SOUTO, op. cit., p.87.

²⁸⁷GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.306.

Com referência ao atendimento de "relevante interesse coletivo", a legitimidade para a criação de empresas estatais pelos entes da federação, notadamente pelos municípios, não é tão simples de ser determinada.

Nesse sentido cabe observar, primeiramente, que a definição desse específico condicionamento constitucional diz respeito a matéria de direito econômico ²⁸⁸ cuja competência legislativa é atribuída, concorrentemente, à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos do artigo 24, I da Constituição de 1988. Num exame apressado, poder-se-ia concluir que ao município seria vedado imiscuir-se nessa seara, já que o dispositivo em referência não o contempla. Contudo, a competência concorrente deste ente político funda-se na conjugação dos incisos I e II do artigo 30 da Carta Magna que lhe confere a prerrogativa de "legislar sobre assuntos de interesse local", bem como "suplementar a legislação federal e a estadual no que couber", não podendo fazê-lo apenas com relação às matérias de competência exclusiva da União, dos Estados e do Distrito Federal.²⁸⁹

Numa palavra, *também* os municípios estão autorizados a criar empresas estatais para explorar atividades de mercado, desde que esta exploração esteja afeta ao atendimento do relevante interesse coletivo *local*.

3.2.1 As Sociedades de Economia Mista

Entre as formas empresariais colocadas à disposição dos entes públicos para a exploração de atividades de mercado, a sociedade de economia mista é a

²⁸⁸GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.306. Revelando certa contradição, em outra passagem o autor sustenta que a intervenção direta na economia, com fundamento no artigo 173 da Constituição Federal, é permitida a todos os entes da federação, inclusive os Municípios (op. cit., p.135).

²⁸⁹CLARK, Giovanni. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.95 e 100. Acerca da possibilidade de o município legislar sobre direito econômico, consultar também os seguintes acórdãos do STF: Recurso Extraordinário n.º 174.645/SP, relator Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17.11.1997; Recurso Extraordinário n.º 274.028/SP, relator Min. Moreira Alves, julgamento em 05.06.2001.

alternativa que se apresenta quando o Estado busca viabilizar o empreendimento pela conjugação dos capitais públicos e privados.

Juridicamente, porém, não basta que o capital social apresente essa composição, sendo imperativo também a coexistência dos seguintes requisitos: a) autorização legal; b) interesse público ou coletivo como objeto da sociedade; c) constituição sob a forma de sociedade anônima; d) controle da empresa pelo Estado; e) a submissão ao regime próprio das empresas privadas.

Tais atributos, convém frisar, podem ser extraídos da sistemática do Decreto-lei n.º 200/67, principalmente do seu artigo 5.º, III que conceitua sociedade de economia mista como "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta".

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76), por seu turno, não enuncia uma definição de sociedade de economia mista, mas traça as linhas básicas de sua estrutura e funcionamento, aplicáveis não só às empresas da União, mas igualmente às instituídas pelos demais entes federados.²⁹⁰

Cotejando ambos os diplomas legais, Grau apontou a existência de certa antinomia relativa às expressões "criação por lei", empregada no Decreto-lei n.º 200/67, e "autorização legal", utilizada na Lei n.º 6.404/76²⁹¹. Porém, com base em recente reformulação do artigo 37, XIX da Constituição de 1988, implementada pela Emenda n.º 19/98²⁹², perdeu fôlego a controvérsia em torno do assunto, pois

²⁹⁰DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.387.

²⁹¹GRAU, **Lucratividade**..., op. cit., p.39.

²⁹²O artigo 37, XIX possui a seguinte redação: "somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação".

dito dispositivo refere-se expressamente à necessidade de lei para "autorizar" a instituição das sociedades de economia mista.

Aliás, dita alteração constitucional foi bastante pertinente, uma vez que, por se sujeitarem às normas de direito privado, as sociedades de economia mista são criadas através de seus atos constitutivos, adquirindo personalidade jurídica com a respectiva inscrição desses atos no registro público²⁹³. A lei apenas **autoriza a criação** desses entes²⁹⁴.

Note-se que, em consonância com a nova redação do referido inciso XIX do artigo 37, essa "lei autorizadora" deverá ser "específica" de modo a determinar a criação de cada entidade estatal para atuar nas áreas previamente estabelecidas em lei complementar.

A par da autorização legislativa, outro aspecto que identifica a sociedade de economia mista é o seu objeto, que, como ressaltado anteriormente, deve exprimir o atendimento de uma necessidade maior, fundada nos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

É conveniente esclarecer que o cumprimento desse objeto social depende de outro traço característico da sociedade de economia mista, qual seja, o efetivo controle da empresa pelo Estado. A participação majoritária no capital social, por si só, não é suficiente para caracterizar a sociedade de economia mista, devendo o Estado, para tanto, deter poderes de efetiva administração.

Na lição de Figueiredo, somente se pode falar em sociedade de economia mista "quando o Estado participa da sociedade, utilizando-se de prerrogativas especiais, interferindo na gestão dessa sociedade e alocando recursos não apenas na qualidade de sócio, mas de interessado em seu destino".²⁹⁵

²⁹³Cf. artigos 45 e 985 do novo Código Civil.

²⁹⁴DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.370.

²⁹⁵FIGUEIREDO, op. cit., p.114.

À evidência, sem essa participação ativa não há como se garantir a condução da empresa para o cumprimento da finalidade que orientou a sua criação, mormente quando se vislumbra a possibilidade de conflito entre o interesse público, mais propriamente entre o relevante interesse coletivo ou as razões de segurança nacional e o interesse privado dos acionistas particulares, consistente na obtenção de lucro.²⁹⁶

Finalmente, a sociedade de economia mista somente pode adotar a forma de sociedade anônima²⁹⁷, regendo-se pelas disposições específicas contidas nos artigos 235 a 242 da Lei n.º 6.404/76. Como as sociedades anônimas em geral, independentemente de seu objeto, as entidades mistas serão sempre empresárias²⁹⁸.

3.2.2 As Empresas Públicas

À semelhança das sociedades de economia mista, as empresas públicas são entes da administração pública indireta, criados mediante autorização legal, vocacionados à exploração de atividade econômica nas situações descritas no artigo 173 da Constituição Federal e sujeitos ao regime de direito privado.

Quanto a esses aspectos, portanto, são aplicáveis à empresa pública todas as considerações feitas na seção antecedente. No entanto, quanto à sua organização, difere da sociedade de economia mista, pois, enquanto esta somente pode revestir-se da forma da sociedade anônima, a empresa pública pode assumir qualquer forma societária ou até mesmo uma forma não-correspondente aos modelos societários preexistentes.

²⁹⁶O art. 237 da Lei 6.404/76 estabelece que "a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição", do que se infere a essencialidade do controle da empresa pelo Estado.

²⁹⁷De acordo com o artigo 5.º, inciso III do Decreto-lei n.º 200/67, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 900/69.

²⁹⁸Sobre a extensão desse conflito, ver seção 4.3 infra.

Para alguns, a instituição de um modelo societário inédito é uma prerrogativa exclusiva da União, pois as disposições do Decreto-lei n.º 200/67 são aplicáveis somente a este ente federado, não podendo os demais editar semelhante legislação por lhes faltar competência para legislar sobre direito civil e comercial.²⁹⁹

Partindo da premissa de que a criação de empresas estatais é de natureza administrativa e não de direito privado, outros sustentam que, além da União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios podem criar empresas públicas com organização não coincidente com os tipos societários existentes.³⁰⁰

Outro elemento característico da empresa pública refere-se à composição do seu capital, que, segundo a redação primitiva do artigo 5.º, inciso II do Decreto-lei n.º 200/67, deveria ser formado, *exclusivamente*, com recursos provenientes da União. Entretanto, o Decreto-lei n.º 900/69 mitigou o rigor dessa disposição, permitindo a participação dos outros entes políticos e de suas respectivas entidades da administração indireta, desde que mantida a maioria do capital votante com a União.³⁰¹

Essa hipótese de composição do capital por recursos oriundos apenas de um ente público confere a perspectiva da instituição de uma unidade empresarial unipessoal, com personalidade jurídica própria, uma situação, de ordinário, não aceita pelo ordenamento jurídico brasileiro.³⁰²

²⁹⁹DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.387.

³⁰⁰MEIRELLES, op. cit., p.322.

³⁰¹No caso das empresas públicas instituídas por Estados, Distrito Federal e Municípios, a maioria do capital votante deverá ser mantida com o ente político instituidor.

³⁰²O artigo 251 da Lei n.º 6.404/76 regula a "subsidiária integral", uma das raras hipóteses em que o ordenamento jurídico admite a constituição de uma sociedade com um único sócio. Além disso, apenas temporariamente a legislação permite a unipessoalidade e, ainda assim, por circunstâncias ocorridas após a constituição da sociedade, como sói acontecer nas hipóteses previstas no artigo 206, inciso I, alínea *d* da Lei n.º 6.404/76 e artigo 1.033, inciso IV do Código Civil de 2002.

Tomando por referência exemplos de entidades instituídas no nível federal, Sérgio Andrea Ferreira³⁰³ destaca duas diferentes espécies de empresas públicas unipessoais. A primeira assemelha-se à empresa individual privada, diferindo desta apenas pela circunstância de constituir uma nova pessoa jurídica. Nela, sobressai "uma *vontade externa* ou *transcendente*, a do titular único do capital, que domina, de fora, a pessoa jurídica, inexistindo um órgão deliberativo interno dessa, em que manifeste a sua vontade". A segunda também tem seu capital subscrito por um único sócio, mas apresenta a peculiaridade de contar com a assembléia geral, "que é o órgão através do qual se manifesta a vontade dos sócios, *vontade interna* ou *imane*nte. O sócio único ou majoritário vale-se dessa condição através desse órgão".³⁰⁴

A despeito das diferenças quanto às suas respectivas formas de organização, as duas espécies de empresa pública acima listadas constituem novos sujeitos de direito, havendo, conforme anota Alvaro A. Caminha Muniz, um completo "divórcio entre o patrimônio geral do Estado empresário e o patrimônio próprio da empresa".³⁰⁵

3.2.3 As Subsidiárias e Outras Empresas Controladas pelo Poder Público

Apesar de mais comuns, as sociedades de economia mista e empresas públicas não são as únicas formas de que se utiliza o Estado para atuar empresarialmente na economia. Essa atuação pode se operar também por meio de sociedades controladas por essas entidades, ou seja, através das chamadas subsidiárias.

Sob a égide do Decreto-lei n.º 200/69, as subsidiárias eram consideradas sociedades de economia mista de segundo grau, aplicando-se-lhes, então, todo o regramento atinente às entidades da administração pública indireta. A esse tempo,

³⁰³FERREIRA, Sérgio Andrea. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.136, p.1-33, abr./jun. 1979. p.14.

³⁰⁴Como exemplos dessas espécies de empresas públicas podem ser citadas, respectivamente, a Caixa Econômica Federal e a Cia. de Desenvolvimento do Vale do São Francisco.

³⁰⁵MUNIZ, op. cit., p.51.

predominava a opinião de que as subsidiárias, inclusive quando criadas por empresas públicas, somente poderiam revestir-se da forma de sociedades de economia mista³⁰⁶, cabendo registrar, entretanto, que a Lei n.º 6.222/75, que dispunha sobre a Portobrás, previu a possibilidade da "criação de subsidiária sob a forma de *empresa pública*".³⁰⁷

Posteriormente, o artigo 235, § 2.º da Lei n.º 6.404/76 alterou o regime das subsidiárias, estabelecendo a sua sujeição às normas gerais das sociedades anônimas, sem aplicação das regras especiais relativas às sociedades de economia mista.³⁰⁸

Essa situação perdurou até 06.04.1998, quando a Emenda Constitucional n.º 19, modificando a redação do § 1.º do artigo 173 da Constituição de 1988, deferiu às subsidiárias "*tratamento idêntico* aos de suas respectivas empresas matrizes".³⁰⁹

Relativamente à necessidade de autorização legal, quando o cumprimento do objeto social e a consecução da finalidade pública das sociedades de economia mista e empresas públicas demandam a utilização de subsidiárias, a criação destas não se condiciona à autorização por outra lei, podendo a legislação que autoriza a constituição das empresas estatais controladoras também autorizar, genericamente, a criação das sociedades controladas.

³⁰⁶Esse entendimento respaldava-se no fato de que, enquanto a sociedade de economia mista poderia ser formada pela conjugação de capital oriundo de entidades da administração indireta e de particulares, como empresa pública somente haveria que ser considerada "entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União" (art. 5.º, II do Dec.-lei n.º 200/67).

³⁰⁷FERREIRA, op. cit., p.18.

³⁰⁸Segundo Sérgio Andréa Ferreira, o artigo 235, § 2.º da Lei n.º 6.404/76 não alcança as subsidiárias referidas na parte final do artigo 5.º, III do Dec.-lei n.º 200/69, tratando apenas das empresas cuja participação de entidades da administração indireta deu-se sem observância dos requisitos necessários para a constituição das sociedades de economia mista (FERREIRA, op. cit., p.20).

³⁰⁹MOREIRA NETO, op. cit., p.255.

Segundo Caio Tácito³¹⁰, "a expressão constitucional ' em cada caso' poderá ser entendida como indicativa apenas de área ou atividade específica a ser contemplada".

Considerando o teor do artigo 37, inciso XX do texto constitucional, José Edwaldo Tavares Borba³¹¹ assevera que, "não obstante a Constituição se refira a ' autorização legislativa, em cada caso' , a expressão *em cada caso* deve ser entendida como no *caso de cada entidade* que se proponha a criar subsidiárias ou participar de sociedades". Entendimento diverso, na sua opinião, criaria absurdo embaraço à atividade empresarial, em vista da reconhecida morosidade do processo legislativo.

Além disso, o autor chama a atenção para "a circunstância de o legislador não ter se referido à lei específica, como na hipótese da criação de sociedades de economia mista ou empresas públicas, mas sim a cada caso, vale dizer, ao caso de cada empresa". Conclui, daí, que "somente as entidades cujas leis de criação ou leis posteriores lhes tiverem atribuído a faculdade de participar do capital de outras sociedades poderão incluir, no seu objeto social, essa atividade".

De outra parte, insta esclarecer que nem sempre o fato de uma empresa ser constituída com capital exclusiva ou parcialmente público a qualifica como empresa pública ou sociedade de economia mista, assim como a participação dessas entidades em capital de outras empresas nem sempre confere a estas últimas a qualidade de subsidiárias.

Como é assente na doutrina e jurisprudência³¹², se criada a entidade sem o rigoroso atendimento dos pressupostos legais relativos a cada espécie, principalmente

³¹⁰TÁCITO, Caio. Empresas estatais: participação em empresas com sede no exterior. Inexigibilidade de autorização legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.6, p.81, abr./jun. 1994.

³¹¹BORBA, op. cit., p.497.

³¹²Em 26.6.79, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de empresas sob controle do Estado que não se enquadravam no perfil legal das sociedades de economia mista e das empresas públicas. Na ementa do Recurso Extraordinário n.º 91.035-2, sob a relatoria do Ministro Soares Muñoz, restou consignado o seguinte: "Sociedade de economia mista. Com ela não se confunde a sociedade sob o controle acionário do poder público. É a situação especial que o Estado se assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista".

se instituída sem a prévia autorização legislativa, ter-se-á uma "empresa estatal sob controle acionário do Estado"³¹³, com natureza diversa das espécies elencadas na vigente redação do artigo 173, § 1.º da Constituição Federal.³¹⁴

Nessa situação incluem-se, por exemplo, as empresas cujo controle o Estado obtenha ou tenha obtido por meio da desapropriação de ações, prevista no artigo 236, parágrafo único da Lei n.º 6.404/76. Como é cediço, o artigo 2.º, § 3.º do Decreto-lei n.º 3.365/41, com a redação dada pelo Decreto-lei n.º 856/69, permite a desapropriação de ações, cotas e direitos representativos do capital de empresas, o que, a rigor, opera-se mediante Decreto executivo (art. 6.º), sem a necessidade, portanto, de lei específica que a autorize. Assim, a empresa que tiver suas ações ou cotas expropriadas não será, tecnicamente, uma sociedade de economia mista, empresa pública ou subsidiária, sendo considerada apenas uma empresa sob o controle do Poder Público. Por óbvio, a situação mudará de figura no caso de ser a desapropriação precedida de especial autorização legislativa.³¹⁵

³¹³DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.384.

³¹⁴Antes da Emenda n.º 19/98, o § 1.º do artigo 173 da Constituição Federal prescrevia que "a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas". A vagueza da expressão "outras entidades" gerava grande controvérsia, levando muitos a admitir até mesmo a possibilidade das autarquias atuarem na área empresarial. No Supremo Tribunal Federal, a questão foi examinada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 153.523-7, ocorrido em 11 de outubro de 1994. Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso ressaltou que as autarquias que exploram atividade econômica sujeitam-se às normas de direito privado, admitindo, assim, a constitucionalidade da atuação empresarial destes entes. Contrapondo-se a esse entendimento, o Ministro Relator Paulo Brossard pontificou o absurdo de se imaginar que o constituinte haveria deixado de empregar o termo autarquia, referido expressamente em tantos outros dispositivos constitucionais, por entendê-la embutida na expressão *outras entidades*. E, para reforçar sua tese, acrescentou ainda que a imunidade dos entes autárquicos não se coaduna com o inciso II, do § 1.º do art. 173 da Constituição Federal, no que tange à sujeição destes às obrigações tributárias.

³¹⁵A necessidade de prévia autorização estatal para a criação de empresas estatais por via das desapropriações é justificada por Sérgio de Andréa Ferreira por dois motivos: "em primeiro lugar, pela própria conceituação de empresa pública e sociedade de economia mista; por outro lado, porque, nos elencos de casos de utilidade pública e de interesse social atualmente existentes não se inclui a hipótese de criação de entidade da Administração Indireta" (FERREIRA, op. cit., p.18).

Posto que tal distinção seja amplamente aceita, são discrepantes as opiniões acerca das conseqüências que dela defluem. De acordo com Arnaldo Wald, "ao excluir do rol das sociedades de economia mista as que, embora controladas direta ou indiretamente pela União Federal ou pelos Estados e Municípios, não foram criadas por lei, o legislador acabou submetendo ao regime comum" todas aquelas que foram instituídas sem a observância desse requisito.³¹⁶

Por crer que é a lei que atrela a entidade estatal à finalidade pública para a qual foi criada, Celso Ribeiro Bastos aponta que as empresas que foram fortuitamente assumidas pelo Estado não integram a Administração pública indireta, regendo-se exclusivamente pelas normas privadas.³¹⁷

Divergindo dessa posição e atribuindo a qualificação de "empresas estatais clandestinas" àquelas criadas sem autorização legal, Celso Antonio Bandeira de Mello opina no sentido de que

apesar de haverem irrompido defeituosamente no universo jurídico – a circunstância de se constituírem em realidade fática da qual irrompeu uma cadeia de relações jurídicas pacificamente aceitas impõe que se as considere assujeitadas a todos os limites e contenções aplicáveis às sociedades de economia mista ou empresas públicas regularmente constituídas, até que sejam extintas ou sanado o vício de que se ressentem.

E arremata: "Com efeito, seria o maior dos contra-sensos entender que a violação do direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada".³¹⁸

Atualmente, porém, a Constituição Federal estabelece a diferenciação entre empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e suas

³¹⁶WALD, Arnaldo. As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.268. p.398, out./dez. 1979.

³¹⁷BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p.126-127.

³¹⁸MELLO, **Curso...**, op. cit., p.190.

subsidiárias) e empresas sob o controle do Estado, citando estas últimas em vários dispositivos "como categoria à parte".³¹⁹ Em decorrência disso, é de rigor o tratamento diferenciado entre umas e outras entidades, inclusive porque quando o legislador constituinte quis equipará-las o fez de modo expresse.³²⁰

3.3 O REGIME JURÍDICO PRIVADO

Ao posicionar-se como agente econômico no mercado, o Estado deve abdicar das prerrogativas que lhe são inerentes, colocando-se em posição de igualdade com os agentes privados que atuam nesse setor.

Essa é a regra que deflui do artigo 173, § 1.º, II da Constituição Federal, segundo o qual o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá dispor sobre a sua sujeição ao "regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".³²¹

Se bem que tal dispositivo remeta a elaboração do estatuto jurídico à lei futura, a submissão das empresas estatais que atuam na produção de mercado às normas de direito privado é cogente e imediata, não estando a sua aplicabilidade condicionada a qualquer atividade legislativa superveniente. Aliás, considerando que, só excepcionalmente, admite-se a atuação estatal nesta seara e, ainda assim, em concorrência com a iniciativa privada, é válido supor que a novel disposição apenas explicita a lógica finalística da ordem econômica constitucional, retirando do legislador qualquer possibilidade de estatuir, em lei ordinária, benefícios ou vantagens que

³¹⁹DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.384.

³²⁰Esta equiparação pode ser aferida nos artigos 5.º, LXXIII, 37, XVII, 52, VII, 163, II, 164, § 3.º, 202, § 4.º, todos da Constituição Federal de 1988, com as alterações da Emenda Constitucional n.º 19/98.

³²¹O estatuto jurídico também não poderá instituir, em favor das empresas estatais, "privilégios fiscais não extensivos" às empresas privadas (art. 173, § 2.º).

coloquem o Estado empresário em posição privilegiada em relação aos agentes econômicos privados. Logo, a vinculação ao regime jurídico privado diz respeito a um conteúdo mínimo que deverá ser "observado" pelo estatuto jurídico das empresas estatais e não exatamente que será "criado" a partir da edição deste.³²²

A equiparação da iniciativa pública ao regime da iniciativa privada, advirta-se, não tem o escopo único de proteger os particulares da concorrência desleal que seria instaurada caso o Estado pudesse utilizar suas prerrogativas e imunidades para atuar no sistema de empresa. Mais do que isso, o figurino privado é, geralmente, o principal atrativo para a criação das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias. Quando opta pela forma empresarial, o Estado quase sempre o faz com o objetivo de liberar-se das amarras típicas do setor público de modo a alcançar a agilidade e a flexibilidade imprescindíveis para o bom êxito de sua atuação no sistema de mercado.³²³

Essa subsunção das empresas estatais ao regime das empresas privadas foi, aliás, o motivo apontado para a revogação do artigo 242 da Lei n.º 6.404/76³²⁴, que excluía a possibilidade de decretação de falência das sociedades de economia mista e atribuía ao ente público controlador a responsabilidade subsidiária pelas dívidas da empresa.³²⁵ Muito antes disso, a aplicação desse dispositivo aos entes da Administração indireta que exploram atividades típicas de mercado vinha sendo

³²²Sobre a aplicação imediata do artigo 173, § 1.º, II da Constituição Federal conferir: BORBA, op. cit., p.500.

³²³DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.385.

³²⁴Revogação operada pela Lei n.º 10.303/2001.

³²⁵CARVALHOSA, **Comentários**..., op. cit., p.422. Para saber mais sobre os efeitos da revogação do artigo 242 da Lei n.º 6.404/76 ver comentário de Marcia Carla Pereira Ribeiro: In: BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.180-184.

questionada pela doutrina, que, em sua maioria, considerava-a inconstitucional, em face do artigo 173, § 1.º da Constituição.³²⁶

No entanto, há que se ponderar que a vinculação das empresas estatais ao regime privado não as iguala, em tudo e por tudo, às empresas privadas. De acordo com as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello,

ditas criaturas, (...) ainda quando modeladas sob figurino privado, não são (...) da mesma cepa que as demais pessoas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos daquel' outras.³²⁷

Destaca ainda o mesmo administrativista que é "a própria Constituição que, de logo, trata de assinalar, em inúmeros preceptivos, a diferenciação nítida entre sociedades de economia mista e empresas públicas (...) e demais pessoas de direito privado", mencionando, nesse sentido, a subsunção dos entes da administração indireta aos preceitos contidos nos artigos 5.º, LXXIII, 14, parágrafo 9.º, 37 *caput* e seus incisos II, XVII, XIX, XX, XXI, 49 *caput*, 52, 54, 70, 71, 163, II, 165, parágrafo 5.º e 169, parágrafo único, todos da Constituição de 1988, já com as alterações promovidas pela Emenda n.º 19/98.³²⁸

A parcial derrogação do direito comum, por sinal, é o traço característico das entidades empresariais que atuam no campo próprio de ação dos particulares, sendo considerado "essencial para manter a vinculação entre a entidade descentralizada e o ente que a instituiu; sem isso, deixaria ela de atuar como

³²⁶Sustentavam a inconstitucionalidade: MELLO, **Curso...**, op. cit., p.191; BORBA, op. cit., p.508-509; BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional n.º 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.1-12, jul./set. 1999. Posicionava-se pela constitucionalidade: REQUIÃO, op. cit., v.1, p.41-42.

³²⁷MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.13. abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2004. p.2.

³²⁸MELLO, Sociedades..., op. cit., p.6-9.

instrumento de ação do Estado"³²⁹. O direito público aplica-se por exceção, regulando precipuamente as relações da empresa estatal com o ente político que a instituiu e os mecanismos de controle.³³⁰

Pela finalidade pública a que se dirigem, as sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, que desempenham atividades econômicas em competição com a iniciativa privada, sujeitam-se à licitação, conforme disposições expressas nos artigos 22, XXVII e 173, § 1.º III da Constituição, com redação dada pela Emenda n.º 19/98.³³¹ Em atenção às suas peculiaridades, o estatuto jurídico dessas empresas estatais deverá estabelecer normas licitatórias mais simplificadas, de modo a conciliar a observância desse procedimento administrativo com o dinamismo exigido pelo mercado, sem deixar de observar, em qualquer caso, os princípios gerais da administração pública, principalmente a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.³³²

Mas, enquanto não regulamentado o aludido artigo 173, § 1.º, III, aplica-se àquelas empresas o regime da Lei n.º 8.666/93³³³, com os abrandamentos que, em algumas circunstâncias, serão imprescindíveis para o cumprimento do seu objeto

³²⁹DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.386.

³³⁰BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico – sociedade de economia mista – abuso do poder econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Renovar, n.212, p.303-323, abr./jun. 1998. p.310.

³³¹A promulgação da Emenda n.º 19/98 pôs fim à celeuma em torno da aplicação do procedimento licitatório às empresas estatais que desempenham atividade de produção de bens e serviços para o mercado, que, em grande parte, era causada pela omissão do artigo 173, § 1.º da Constituição Federal acerca do assunto e pelo fato de que, para alguns, o disposto no artigo 37, XXI, não podia ser-lhe estendido, em face da sua subordinação ao regime próprio das empresas privadas.

³³²Cf. art. 37 *caput* da Constituição Federal.

³³³Nesse sentido: DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p.394; JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2000. p.24. Contrapondo-se a esta visão, e entendendo que a disposição constitucional tem imediata aplicação: DALLARI, Adilson de Abreu. Licitações nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.229, p.79-85, jul./set. 2002.

social. Assim, a licitação só terá lugar quando se tratar de aquisição ou alienação não relacionadas aos atos negociais inerentes à atividade desempenhada pela empresa, sendo, por conseguinte, dispensada³³⁴ quando comprometer a "boa realização de sua finalidade".³³⁵

Como se constata, em face do hibridismo do seu regime jurídico, as empresas estatais situam-se "num campo fronteiro" entre o direito empresarial e o direito administrativo, entre o direito privado e o direito público, subordinando-as "ora aos ditames do primeiro, ora ao segundo".³³⁶

Contudo, muitas vezes essa feição especial não é devidamente compreendida. Nesse passo, destaca Ivo Dantas que parte da doutrina e jurisprudência trabalhista não assimilou de forma correta essa característica e, por isso, tem permitido, por exemplo, que a contratação e a despedida dos empregados das empresas estatais sejam efetivadas apenas com base nas leis trabalhistas, sem observar os princípios da impessoalidade e moralidade. A seu ver,

não se trata (...), evidentemente, de aplicar-se a tais empregados o instituto da *estabilidade*, mas sim, de considerar que o ato que os contratou ou os despediu, sem considerar as formalidades do art. 37, sem aplicar corretamente os princípios que têm uma posição hierarquicamente superior à norma, está eivado de *nulidade*, como tal, passível de controle e que terá de ser reconhecida pela sentença judicial.³³⁷

Certamente, é a imbricação de diferentes regimes jurídicos que, no mais das vezes, alimenta as controvérsias acerca do rol de atributos das empresas privadas que podem ser estendidos às empresas estatais. De modo especial, isto é o que se observa em relação à função social e ao lucro.

³³⁴Cf. art. 17, II, e da Lei n.º 8.666/93.

³³⁵MELLO, **Curso...**, op. cit., p.492.

³³⁶RIBEIRO, op. cit., p.88.

³³⁷DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**: globalização e constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999. p.87-88.

O artigo 173, § 1.º da Constituição Federal determina a obrigatoriedade de o estatuto jurídico dispor sobre a função social das empresas estatais. No entanto, cabe indagar: o cumprimento de uma função social, emoldurada nos imperativos da segurança nacional ou no relevante interesse coletivo, não seria já o pressuposto da atuação empresarial do Estado?

Parte da doutrina acredita que a finalidade pública é da essência da intervenção direta do Estado no domínio econômico e, em decorrência disso, a imputação expressa do princípio sob exame às empresas estatais não opera qualquer inovação qualitativa substancial.³³⁸

Outra parte analisa essa função social por outras lentes. Ao comentar o artigo 238 da Lei n.º 6.404/76, Modesto Carvalhosa pontifica que "o Estado, ao operar a sociedade de economia mista, deve visar ao *interesse público primário*, qual seja, o *interesse da coletividade*, e não ao *interesse público secundário*, qual seja, o dos aparelhos estatais".³³⁹

Com efeito, não parece despropositada a extensão da função social às empresas estatais "que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços". Conforme antes ressaltado³⁴⁰, só de forma indireta a atuação empresarial do Estado nessa área atinge os interesses da coletividade, pois visa, fundamentalmente, assegurar ora o bom funcionamento do mercado ora a segurança nacional.

Assim, considerando que as normas jurídicas devem ser interpretadas de modo que se possa delas extrair a máxima efetividade³⁴¹, subentende-se que a função social referida no artigo 173, § 1.º, I da Constituição Federal se reporta a um

³³⁸Nesse sentido, ver: GRAU, **A ordem...**, op. cit., p.263.

³³⁹CARVALHOSA, **Comentários...**, op. cit., p.401.

³⁴⁰Ver capítulo 1, seção 3 supra.

³⁴¹CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p.1.208.

dever concebido nos moldes daquele imposto às empresas privadas, não se confundindo, portanto, com o interesse público mais amplo que justifica a criação da empresa estatal. Em conseqüência, não basta ao Estado empresário perseguir "o relevante interesse coletivo ou os imperativos da segurança nacional" que o autorizaram a intervir diretamente no domínio econômico. À semelhança dos empreendimentos particulares, também as empresas estatais devem encaminhar a sua atividade no sentido de atender aos interesses imediatos dos empregados, dos acionistas privados, dos fornecedores, dos consumidores e da comunidade em geral, cabendo ao respectivo estatuto jurídico delinear as ações que devem ser encetadas nesse sentido.³⁴²

Contudo, diversamente das empresas privadas, nas quais o cumprimento da função social não obsta o direcionamento da atividade empresarial aos objetivos particulares dos responsáveis pela sua condução, as empresas estatais devem perseguir sempre a satisfação das necessidades coletivas, mediatas e imediatas, sendo vedada a sua utilização para o atendimento de objetivos exclusivos da máquina estatal. Desse modo, as empresas do Estado jamais poderão ser dirigidas à finalidade de amealhar recursos financeiros para composição do erário.

Exatamente neste ponto coloca-se a questão da lucratividade das empresas estatais. Enquanto o ordenamento jurídico reconhece à iniciativa privada o direito de ordenar as estratégias empresariais precipuamente com vistas à obtenção da máxima vantagem econômica, atendidos, por óbvio, os ditames da função social, em tempo algum esse escopo poderá ser prioritário na administração das

³⁴²Aliás, não é estranha à realidade das empresas estatais a adoção de medidas em prol do interesse coletivo para além do cumprimento das finalidades que orientaram a sua criação. Na linha das empresas privadas, muitas empresas do Estado desenvolvem projetos que se inserem do âmbito do que hoje se conhece como "responsabilidade social". Como exemplos dessas iniciativas podem ser citados: a) o Projeto "Luz das Letras", desenvolvido pela Copel – Cia. Paranaense de Energia Elétrica, que se concentra na "alfabetização de jovens e adultos"; b) o Projeto Sorrir, implementado pela Sanepar – Cia. de Saneamento do Paraná, tendo por foco "um tripé formado por Educação, Cidadania e Higiene Bucal" dirigido a "crianças da comunidade de baixa renda na faixa etária de 6 a 14 anos" (ALMEIDA e ALMEIDA, op. cit., p.68-69 e 102-103).

sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, uma vez que estas devem buscar primeiro alcançar os objetivos que orientaram a sua criação.

De regra, a doutrina se opõe à idéia de lucro nas empresas estatais, principalmente naquelas criadas para a prestação de serviços públicos. Nesse caso, Geraldo Ataliba³⁴³ sustenta que a atividade empreendedora do Estado é voltada apenas à satisfação do interesse público e, por isso, o "excedente contábil" que venha a ser apurado será sempre acidental. Estabelece o autor, então, a distinção entre superávit e lucro:

O primeiro, que o Direito denomina "superavit", decorre de vontade legal, é concebido no plano normativo, e tem caráter instrumental; não é, portanto, fim da atividade de prestação de serviço (ou produção de utilidade pública). A atividade de prestação de serviço público é o próprio fim da pessoa que o titula, tudo conforme concebido no plano normativo. O *superavit* é *instrumento* em relação à atividade, que é fim. O excedente contábil das pessoas privadas, denominado "lucro", é o *fim* em relação à atividade, que é instrumento. Em suma, o fim das entidades estatais é produzir serviço público, sendo o eventual "superavit" secundário e acidental. Já as entidades privadas são criadas e administradas com o fim último e principal de obter lucro. (...) Lucro é saldo contábil positivo ocorrido no mundo fenomênico; resultado de comportamentos voluntários; é objetivo idealizado, perseguido e realizado no plano dos fatos; o comportamento humano de idealizá-lo e realizá-lo guarda com o ordenamento jurídico uma relação de *não-contradição*. É não só previsto, como desejado pela Constituição e pelas leis (cf. art. 170, C.F. 1988).

Esse tributarista reconhece, porém, que como lucro deve ser considerado o saldo positivo obtido pelas empresas estatais que atuam na produção de bens e serviços para o mercado.³⁴⁴ Da mesma forma, Carlos Ari Sunfeld nega a qualificação de lucro aos resultados positivos eventualmente obtidos pelos entes da administração pública indireta prestadores de serviços públicos, mas admite que essa qualidade deva ser reconhecida quanto aos excedentes de balanço apurados na atuação empresarial do Estado prevista no artigo 173, § 1.º da Carta Magna.

³⁴³ATALIBA, op. cit., p.354.

³⁴⁴ATALIBA, op. cit., p.358.

Como se sabe, é facultado ao Estado assumir, como explorador, atividade econômica. Não pode fazê-lo com o fito de lucro, mas para implementar relevante interesse coletivo ou para prover a segurança nacional, como preceitua o artigo 173, *caput*, da Carta da República. Nada obstante, os saldos de balanço obtidos nessa exploração não de entender-se como lucro – é dizer: devem merecer a mesma qualificação jurídica dos saldos produzidos pelos empreendimentos particulares – pela circunstância, específica aos entes governamentais exploradores de atividade econômica, de submeterem-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto a obrigações e privilégios tributários (CF, art. 173, §§ 1.º e 2.º).³⁴⁵

De fato, quando cria empresas para atuar na esfera própria dos particulares, o Estado não o faz, e nunca deve fazê-lo, com o objetivo exclusivo de granjear vantagens econômicas, principalmente para sustentar a sua própria estrutura administrativa.³⁴⁶

Todavia, quando a análise da lucratividade é dirigida às sociedades de economia mista, a questão passa a agregar algumas dificuldades adicionais. A presença de capitais privados demanda do ente público controlador uma postura mais atenta no tocante à rentabilidade do empreendimento, pois os acionistas particulares "não são, enquanto tais, mecenas".³⁴⁷

Com pertinência, acentua Marçal Justen Filho que, "se o Estado constituir sociedade de economia mista e recorrer efetivamente ao acionariado popular, estará constrangido a submeter-se a regime próprio. Será dever da entidade assegurar a melhor rentabilidade aos acionistas, sujeitando-se à incidência de um regime jurídico próprio (companhias abertas), que é unitário e incindível".³⁴⁸

³⁴⁵SUNDFELD, Entidades..., op. cit., p.265.

³⁴⁶Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro, os dividendos devem ser reinvestidos na empresa estatal e não incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público que a criou. Inexistindo disposição legal que classifique como renda pública o lucro das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, a apropriação desse excedente contábil pelo Estado configura manifesta violação ao princípio da legalidade (RIBEIRO, op. cit., p.56).

³⁴⁷ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. v.1. p.241.

³⁴⁸JUSTEN FILHO, **Comentários**..., op. cit., p.29.

Por isso, às companhias mistas incumbe compatibilizar a consecução de suas metas constitucionais com o intuito lucrativo dos acionistas privados que aderem ao empreendimento, pois este interesse particular, se não pode ser priorizado, também não pode ser abandonado. Tipicamente, essas sociedades perseguem uma finalidade pública (atividade-fim), através de formas empresariais hábeis a gerar "*excedentes de capital*" (atividade-meio).³⁴⁹

Nem sempre, porém, os interesses público e privado envolvidos nas sociedades de economia mista são facilmente harmonizados. Situações de conflito há muito foram denunciadas por Bilac Pinto. Em conferência proferida no Curso de Direito Público da Fundação Getúlio Vargas em 1952, o então deputado e professor de Direito Administrativo da Faculdade Nacional de Direito sustentou a inviabilidade da fórmula empresarial mista, propugnando a sua substituição pelas empresas públicas:

Esta associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Uma associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal, ele quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela exigir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço de vendas em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles será inevitavelmente a vítima. Nesse caso, ou são os particulares que empolgam a direção, e a empresa passa a ser dirigida com fim lucrativo, como uma empresa privada; ou o Estado tem êxito em fazer prevalecer o ponto de vista favorável à comunidade, e nessa hipótese são então os particulares que não alcançam os proveitos que tiveram em vista ao investirem os seus capitais. Se as forças desses dois grupos de associados mais ou menos se equilibram, a oposição de interesses subsiste e surge o risco de sua repercussão sobre a direção da empresa, de conseqüências sempre lamentáveis; os conflitos se repetem continuamente e são resolvidos ora num sentido, ora noutro, comprometendo, assim, a unidade da direção. A empresa passa a ser, então, um corpo com duas cabeças, ou, para usar a expressão de FAYOL, "um monstro que não vale a pena viver".³⁵⁰

³⁴⁹CARVALHOSA, **Comentários...**, op. cit., p.402. Esse entendimento é compartilhado por Carlos Ari Sunfeld, que defende ser "pressuposto lógico" da constituição dessa sociedade o "regime lucrativo, ainda quando se trate de exploradora de serviço público" (SUNDFELD, Entidades..., op. cit., p.267).

³⁵⁰PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.146. p.9-17, mar./abr. 1953. p.11-12.

Na visão de Luiz Gastão de Barros Leães, tal choque de interesses não chega a comprometer a viabilidade das companhias mistas:

...não são necessariamente antagônicos o interesse coletivo e o ânimo lucrativo, por três razões a seguir expostas. "Primo", os conflitos entre duas classes de acionistas jamais paralisaram a atividade das sociedades de economia mista; as partes sempre souberam conciliar, com maior ou menor dificuldade, seus divergentes pontos-de-vista, como sói acontecer, aliás, segundo Garrigues, em todas as espécies societárias. Se afugentam a subscrição por parte do público das ações das sociedades de economia mista, quando em formação, depois do "lancament" da empresa e de suas primeiras operações, as duas partes sempre procuraram assegurar a prosperidade do negócio mercê concessões recíprocas. "Secundo", o capital privado, ao intervir numa entidade de economia mista, sabe de antemão que vai servir ao bem comum. "Tertio", o conceito de lucro vem sofrendo uma longa evolução, com a passagem da economia liberal clássica, pautada pelo princípio hedonístico, em que a economia é sinônima de fins individuais e egoístas, para a economia liberal contemporânea, norteada pelo princípio de mercado e pelo intervencionismo corretor, exprimindo o Estado suas próprias apostas, e corrigindo eventualmente as dos empresários, mediante um plano financeiro e fiscal flexível, com vistas ao bem coletivo.³⁵¹

Em qualquer caso, a afirmação de que as empresas estatais não devem ser criadas e administradas com vistas à obtenção de lucro não quer significar que o desempenho financeiro destas entidades deva ser negligenciado. Não se pode aceitar de forma acrítica o argumento de que as empresas estatais são "naturalmente" deficitárias, até porque "nelas está em jogo o dinheiro público, conseguido às custas de tributos pesados e atendidos com enormes sacrifícios".³⁵²

Como muito bem apontou Marcello Caetano,

é aconselhável e até indispensável que nos serviços económicos se vendam as prestações por preços acima dos custos a fim de permitir o autofinanciamento destinado à renovação e ampliação do estabelecimento, interessar o pessoal na eficiência do trabalho e constituir reservas na previsão de tempos difíceis. O lucro que não deve ser procurado é o lucro fiscal, isto é, um rendimento constante e o mais alto possível para alimentar as receitas das entidades públicas e acorrer a despesas com outros serviços.³⁵³

³⁵¹LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Direito comercial**: textos e pretextos. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p.217-218.

³⁵²PELEGRINO, Carlos Roberto. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.83. jul./set. 1987. Seminário realizado no dia 9.3.87, pela Associação dos Dirigentes de Empresas Públicas. p.149.

³⁵³CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10.ed. rev. e actual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. Tomo 2. p.1.084.

Além disso, se o Estado age diretamente na ordem econômica para equilibrar e desenvolver o mercado, deve procurar resultados financeiros positivos, inclusive porque a sua atuação deficitária claramente desestimula a iniciativa privada a ingressar no campo explorado, "por tornar a atividade empresarial e a assunção do risco não remunerada (*sic*)".³⁵⁴ Sob outro viés, a aceitação irrestrita do déficit nas empresas estatais poderia mascarar a concorrência desleal perpetrada pelo Estado empresário.

É que o desenvolvimento de suas atividades, pelas empresas sob controle do Estado – especialmente as que exploram iniciativa econômica – em situação deficitária (isto é, sem que estejam voltadas à produção de lucro), findaria por caracterizar a sua atuação como típica de agente de concorrente desleal. Em outros termos: atuariam então, tais empresas, em regime de *dumping*, na medida em que impediriam, mercê dos preços que estivessem a praticar, o exercício pleno da concorrência, nos mercados, pelas empresas privadas que poderiam advir a tais mercados.³⁵⁵

No entanto, há que se ressaltar que, por vezes, a intervenção direta do Estado na economia se justificará pelo desinteresse da iniciativa privada em assumir certas atividades, justamente por estas não apresentarem viabilidade lucrativa. Nessas condições, o Estado atuará suprimindo a deficiência do mercado, mediante a exploração de uma atividade empresarial que, muito provavelmente, não lhe renderá qualquer vantagem econômica, podendo, inclusive, suportar sucessivos prejuízos. À evidência, nesta hipótese seria melhor recomendada a instituição de uma empresa pública, mesmo porque a expectativa econômica pouco promissora do empreendimento certamente não atrairia o capital privado para compor uma companhia mista.

Segundo Washington Peluso Albino de Souza³⁵⁶, em qualquer circunstância a atuação do Estado deve ser pautada pela economicidade, ou seja, pela "linha de *maior vantagem* nas decisões da *política econômica*", que extrapola o simples retorno

³⁵⁴REDI, Maria Fernanda de Medeiros. Sociedades de economia mista e lucratividade – Instituto de Resseguros do Brasil – IRB: um exemplo real. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.33, p.192, 2001.

³⁵⁵GRAU, Lucratividade..., op. cit., p.49.

³⁵⁶SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980. p.32.

financeiro decorrente da atividade. No seu entender, "*economicamente justo*, segundo o princípio da economicidade (...), é o que se põe em prática por medidas de política econômica, visando realizar o que a sua soberania democrática tenha definido na Constituição, como o fundamento dos princípios ideológicos que a inspiram".

Sob esse enfoque, o princípio da economicidade restará cumprido sempre que as atividades das empresas estatais forem adequadamente encaminhadas para o atendimento das finalidades previstas no artigo 173, *caput* do texto constitucional. Em tal circunstância, o empreendimento produzirá o que se convencionou chamar de "lucro social" ou "lucro político", na medida em que, direta ou indiretamente, trará "benefícios para a sociedade em termos de qualidade de vida". A despeito disso, o autor obtempera que "*a linha de maior vantagem* que este princípio [economicidade] adota, e que seria variável no caso das empresas do Estado, não libera totalmente o seu dirigente de cuidar de problemas de rentabilidade e do sentido corrente de lucro, pois o prejuízo seria sobrecarga para a própria sociedade".³⁵⁷

Na vigente Constituição Federal, a economicidade assume uma conotação mais específica. Inserida no artigo 70 *caput* o seu conteúdo guarda relação direta com "a atividade contábil, orçamentária e patrimonial (além de operacional)" da Administração Pública, direta e indireta.

Assim, aplicada às empresas estatais, a economicidade aproxima-se do sentido que lhe empresta a doutrina italiana, ou seja:

...produzir com "critérios de economicidade" significa – como já é geralmente aceito, produzir em condições de equilíbrio ou igualdade no balanço, pois a atividade produtiva deve alimentar-se com os próprios rendimentos e não implicar gastos "a fundo perdido" do ativo patrimonial do instituto ou entidade e dos aportes que a entidade recebe do Estado. O capital investido na atividade produtiva deve, pelo menos, *reproduzir-se* ao término do ciclo de produção.³⁵⁸

³⁵⁷SOUZA, W. P. A. de, op. cit., p.602.

³⁵⁸"...producir con 'criterios de economicidad' significa – como ya está generalmente aceptado – producir en condiciones de equilibrio o igualdad en el balance, pues que la actividad debe alimentarse con los propios recaudos y no implicar gastos 'a fondo perdido' del activo patrimonial del instituto o entidad y de los aportes que la entidad recibe del Estado. El capital invertido en la actividad productiva debe, por lo menos, reproducirse al terminar el ciclo de producción" (GALGANO, op. cit., p.45-46).

Contudo, na acepção do mencionado dispositivo constitucional³⁵⁹, a economicidade representa apenas uma das dimensões jurídicas da eficiência administrativa, um princípio que vincula toda a Administração Pública, direta e indireta, na forma do que prescreve o artigo 37 *caput* da Constituição.

A propósito, Paulo Modesto³⁶⁰ ressalta que a economicidade corresponde à "racionalidade e otimização no uso dos meios", que se opõe diretamente à idéia de desperdício. Aqui, portanto, o preceito traduz o dever do administrador público de ser eficiente no emprego dos recursos que lhe são colocados à disposição para alcançar a plena "satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa", sendo a "qualidade desse agir final" a outra dimensão do princípio da eficiência traçada pelo autor.

Em suma, pensar a lucratividade ou a capacidade de autofinanciamento das empresas estatais é pensar apenas um dos aspectos da eficiência que devem nortear as ações das entidades da Administração Pública, o que importa dizer que a atuação empresarial do Estado jamais pode ser julgada eficiente ou ineficiente tão-só pelos saldos de balanço – positivos ou negativos – que é capaz de apresentar. Do ponto de vista da Constituição, uma empresa estatal será eficiente à medida que alcançar, satisfatoriamente, os fins que orientaram a sua criação, "através do menor custo econômico possível".³⁶¹

³⁵⁹A respeito do conteúdo do artigo 70 *caput* da CF/88, ressalta Emerson Gabardo que o dispositivo se refere "a um aspecto da eficiência: a economicidade. A expressão ' economicidade' é justificável, haja vista que o artigo tem referência direta com a atividade contábil, orçamentária e patrimonial (além de operacional). Neste caso, o sentido econômico do princípio da eficiência recebe destaque..." (GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002. p.111-112).

³⁶⁰MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.31, p.54, 2000.

³⁶¹SCAFF, op. cit., p.341.

4 PRIVATIZAÇÃO

No capítulo anterior, restaram delineadas as condições que autorizam o Estado a ingressar no mercado, produzindo bens e serviços com vistas a suprir a ausência ou a deficiência da iniciativa privada. Agora, cabe deslocar a análise para o pólo oposto, qual seja, o momento em que o ente estatal se retira do setor produtivo, transferindo à iniciativa privada as empresas sob seu controle.

Porém, antes de adentrar as questões jurídicas atinentes a esta temática, faz-se necessário delinear o ambiente em que ela se insere, de vez que a maior ou menor participação do Estado como protagonista da atividade econômica obedece a ciclos que marcam a definição do seu papel perante a sociedade.

4.1 O ANTECEDENTE: A ESTATIZAÇÃO EMPRESARIAL À *BRASILEIRA*

As empresas estatais floresceram no auge do Estado de Bem-Estar, sendo então concebidas como instrumentos para "a transformação da ordem econômica e social".³⁶² Em alguns países ocidentais a atividade empresarial do Estado foi implementada, sobretudo, através da transferência de empresas privadas ao controle do Poder Público, num processo conhecido como *nacionalização*.³⁶³

³⁶²"La presencia de empresas públicas en las actividades de mercado respondió a una variopinta gama de motivaciones entre las que destaca una de índole general: la constituirse en instrumento de transformación del orden económico y social..." (CHIRILLO, op. cit., p.66).

³⁶³Relata Juan Carlos Cassagne que, na Europa, as nacionalizações se intensificaram ao fim da Segunda Guerra Mundial, fundadas: em razões políticas de índole ideológico-partidária, como ocorreu na Inglaterra; em interesses nacionais, como se sucedeu no caso das empresas francesas Renault e Guome et Rhome, acusadas de colaboração com países inimigos; ou na simples ordenação racional de um específico setor industrial (CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993. p.319).

No Brasil, em que pese a história registrar a existência de empresas do Estado mesmo no período colonial³⁶⁴, a criação desses entes foi intensificada a partir da terceira década do século XX, no bojo do nacionalismo econômico que marcou o País após a Revolução de 1930.

Sob o Governo de Getúlio Vargas (1930-1945), o desenvolvimento da indústria nacional passou a ser prioritário, como forma de emancipar o País do vínculo de dependência que mantinha com o mercado externo.³⁶⁵ Esse espírito nacionalista e desenvolvimentista, aliás, alavancou a constituição das primeiras empresas estatais voltadas à indústria pesada, como é o caso da siderurgia³⁶⁶, um setor que, por demandar vultosos investimentos, não encontrava na iniciativa privada pátria condições de pleno desenvolvimento.³⁶⁷

Independentemente da orientação política dos governos que se seguiram a esse período, manteve-se a tendência de crescimento do número de empresas do Estado. Assim, o quadro evolutivo dessas entidades: resistiu à política liberal de Eurico Gaspar Dutra (1946-1950)³⁶⁸; recobrou a sua linha ascendente no segundo

³⁶⁴As primeiras estatais criadas no Brasil foram: "o Serviço Postal (1663) e a Casa da Moeda da Bahia (1694). Com a vinda de D. João VI para o Brasil, outras estatais foram estabelecidas, incluindo o Banco do Brasil, a Imprensa Régia e a Real Fábrica de Ferro de São João de Ipanema. Outras poucas estatais seriam ainda criadas durante o Império e a República Velha, a maior parte caixas econômicas e ferrovias" (PINHEIRO, Armando Castelar. Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando? In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org.). **A economia brasileira nos anos 90**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p.150).

³⁶⁵Nas três primeiras décadas do século XX, a economia nacional era baseada na exportação de produtos primários, respondendo o café por mais de "80% do valor global das exportações brasileiras". A crise do café, agravada substancialmente pela Grande Depressão (1929-1933), despertou em todas as classes sociais a consciência "das limitações econômico-financeiras inerentes a uma economia voltada fundamentalmente para o mercado externo" (IANNI, Octávio. **Estado e planejamento econômico no Brasil**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. p.28-30).

³⁶⁶A Companhia Siderúrgica Nacional (Dec.-lei n.º 3.002/41) e a Companhia Vale do Rio Doce (Dec.-lei n.º 4352/42).

³⁶⁷BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro**. 9.ed. rev. e atual. Petrópolis: Vozes, 1990. p.84-85.

³⁶⁸Para saber mais sobre a linha política do governo Dutra, consultar: IANNI, op. cit., p.85-119.

mandato de Getúlio Vargas (1950-1954) e durante a administração desenvolvimentista não-nacionalista³⁶⁹ de Juscelino Kubitschek de Oliveira (1956-1960); conservou seu viés de crescimento mesmo na prolongada crise política e econômica que se abateu sobre o País no período de 1961 a 1967³⁷⁰; e alcançou seu ápice entre 1970 e 1976.

Nesse sentido, anota Fernando Rezende que:

Na década de 70 a descentralização administrativa impulsionada pelo Decreto-Lei n.º 200/67 caracterizou-se pela proliferação de empresas governamentais. De acordo com informações disponíveis, o número de empresas controladas pelo Governo Federal até 1949 era pouco maior do que 30 unidades, das quais 12 eram empresas de energia elétrica, cinco pertenciam ao setor financeiro (bancos, caixas econômicas e companhias de seguro) e seis eram empresas de transporte. Na área industrial, registrava-se a presença de apenas cinco unidades: duas siderúrgicas; a Cia. Nacional de Álcalis; uma empresa de mineração – a Cia. Vale do Rio Doce; e uma gráfica – a Imprensa Nacional. Nas esferas de competência dos Governos Estaduais, a situação não era diferente. Até 1949, contavam-se apenas 34 empresas total ou parcialmente controladas pelo Governo, das quais 12 eram empresas financeiras e 10 de transporte. A criação de novas unidades adquiriu impulso nos anos 50 e aumentou substancialmente a partir da década de 60. Entre 1950 e 1959, foram criadas 15 novas empresas federais e 49 estaduais. Entre 1960 e 1969, esses números foram aumentados para 39 e 175, respectivamente. O auge do processo de expansão registrou-se no intervalo 1970-1976, quando teriam sido criadas mais de 70 novas empresas federais e mais de 60 estaduais.³⁷¹

³⁶⁹Ricardo Bielschowsky identifica três correntes desenvolvimentistas no Brasil: a) a "antiliberal", favorável "ao apoio estatal à acumulação privada", sustentando "posições variadas sobre o grau de participação estatal que convinha ao processo"; b) a "não-nacionalista", composta por economistas que "eram favoráveis ao apoio estatal à industrialização, mas apresentavam marcada preferência por soluções privadas", inclusive com "intensa participação do capital estrangeiro"; c) a "nacionalista", que propugnava "as inversões estatais em setores considerados estratégicos para a continuidade do processo de industrialização, ou seja, mineração, energia, transporte, telecomunicações e algumas atividades básicas" como alternativa aos "investimentos estrangeiros", que poderiam ameaçar a já "frágil estrutura do capital nacional" (BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo**. 3.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. p.34 e 242).

³⁷⁰De acordo com Werner Baer, "a causa imediata da estagnação que se instalou após 1961 parece ter sido a contínua crise política vivenciada pelo país após a renúncia de Jânio Quadros à presidência em agosto daquele ano". O governo de João Goulart (1961-1964) foi marcado por turbulências e pela inexistência de uma "política econômica consistente. (...) A estagnação do país perdurou até 1967 e foi seguida por um notável *boom* econômico que persistiu de 1968 a 1974" (BAER, Werner. **A economia brasileira**. São Paulo: Nobel, 1996. p.87-89).

³⁷¹REZENDE, Fernando. O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira. In: SEMINÁRIO SOBRE PLANEJAMENTO E CONTROLE DO SETOR DE EMPRESAS ESTATAIS: CASOS NACIONAIS. Brasília: Ipea-Nações Unidas, 1983. p.155-156.

Na análise de Luciano Martins, as causas dessa expansão do Estado empresário podem ser sintetizadas em três fatores predominantes. Primeiro, a inaptidão do "setor privado nacional", associada à falta de interesse do capital estrangeiro em "empreendimentos dos quais dependia o avanço posterior do sistema produtivo (caso da siderurgia)"; segundo, a conscientização acerca da "necessidade de ser exercido controle nacional sobre recursos estratégicos do país (caso do petróleo)"; e, terceiro, a exigência de contrapartida, em moeda nacional, para os financiamentos externos aplicados "em realizações de infra-estrutura" – "(caso do BNDE)".³⁷² E arremata:

Em qualquer dos casos mencionados houve sempre uma ideologia de intervenção do Estado (assumisse ela a forma de *estatismo*, *nacionalismo* ou *desenvolvimentismo*), cujo referente era a idéia de *nação*. Era esse referente que emprestava à empresa governamental – embora algo simbolicamente – a condição de *res publica*, mais do que sua finalidade social ou o sistema de controles sobre ela efetivamente exercido pelo público através de seus mandatários. Na verdade, esses controles eram em parte "substituídos" pela existência, justamente, do "administrador público" que, por assim dizer, introjetava em seu comportamento a idéia de Estado referida à nação. Daí por que, no plano da ideologia, *estatismo*, *nacionalismo* ou *desenvolvimentismo* apareciam muitas vezes como confundidos, como conceitos intercambiáveis, os quais, na medida mesma em que eram percebidos como instrumentais de um *projeto* de desenvolvimento da nação, serviam para justificar politicamente a existência da empresa estatal e o papel exercido por seus administradores. Foi nesse contexto histórico, que prevaleceu até os anos 50, que emergiu e se consolidou a idéia da ação empresarial do Estado no setor produtivo do país.³⁷³

Contudo, a idéia de que o crescimento do número de estatais tenha decorrido de uma ideologia estatizante não é consensual na doutrina. Para Octavio Ianni, mesmo nos seus primórdios o intervencionismo estatal não foi exatamente planejado, apresentando-se as ações governamentais, no mais das vezes, como respostas "aos problemas e dilemas" que surgiam no plano político. Assim aduz que, "ao longo dos anos, desde 1930, a política econômica governamental foi estatizante

³⁷²MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985. p.59.

³⁷³MARTINS, L., op. cit., p.59-60.

ou privatista, nacionalizante ou internacionalista, desenvolvimentista ou estabilizadora, conforme a constelação política dominante e a natureza dos dilemas econômicos existentes na ocasião".³⁷⁴

No âmbito dessa discussão, não se pode deixar de referir ao fato de que, em boa medida, a ampliação do número de empresas do Estado resultou da multiplicação de subsidiárias, promovida, principalmente, pela Petrobrás e Cia. Vale do Rio Doce. À exceção do setor petroquímico, cuja expansão foi imposta pelo governo federal à Petrobrás, a diversificação das atividades dessas empresas estatais originou-se de decisão autônoma de suas respectivas diretorias, obedecendo apenas à lógica empresarial do aumento da rentabilidade. Nesse sentido, a formação desses conglomerados industriais deu-se mediante a criação de subsidiárias para atuar em ramos de atividade totalmente diversos do objeto social das suas controladoras. No caso da Cia. Vale do Rio Doce, por exemplo, o grupo incluiu empresas de "reflorestamento (Flonibra), produção de papel e celulose (Cenibra), fertilizantes (Valefértil), transporte marítimo (Docenave) e construção civil".³⁷⁵

Nessa hipótese, reconhece Luciano Martins que a estatização se fez sem que houvesse, propriamente, uma ideologia que lhe desse sustentação, ou seja, "o crescimento da empresa governamental" decorreu "de um desenvolvimento 'natural', inerente à sua qualidade também de grande empresa capitalista".³⁷⁶

Por outro lado, o avanço do Estado pelos domínios da economia operou-se ainda pela absorção, total ou parcial, de empresas privadas em dificuldades financeiras,

³⁷⁴IANNI, op. cit., p.26 e 259.

³⁷⁵REZENDE, op. cit., p.160.

³⁷⁶MARTINS, L., op. cit., p.71-72.

normalmente através do BNDES e do BNDESPAR (subsidiária integral do BNDES).³⁷⁷ Consigne-se que, das 268 (duzentos e sessenta e oito) empresas estatais federais existentes em 1979, 72 (setenta e duas) delas foram incorporadas pelo Estado dessa maneira, sendo que, entre essas, muitas desenvolviam atividades completamente estranhas ao setor público (hotéis, usinas de açúcar, editoras, etc.).³⁷⁸

As reações contra a exagerada participação estatal na esfera econômica não tardaram a chegar. Em 1974, os empresários organizaram uma série de protestos públicos que ficaram conhecidos como a "Campanha contra a Estatização". Também a imprensa engrossou esse coro, tendo o jornal *O Estado de São Paulo* publicado no início de 1975 uma seqüência de artigos intitulada "O Caminho da Estatização".³⁷⁹

Contudo, a esse tempo, a privatização não estava na ordem do dia. Almejava-se então conter o processo de estatização mediante a imposição de medidas restritivas às empresas estatais, como, por exemplo, a extinção de privilégios tributários e o estancamento da sua capacidade de crescimento horizontal.³⁸⁰

³⁷⁷"Enfrentando sérias dificuldades financeiras, algumas empresas não foram capazes de pagar os financiamentos que obtiveram do BNDES e/ou honrar avais e fianças concedidos pelo Banco. Como forma de equacionar o recebimento dos créditos, os mesmos foram convertidos em capital, resultando na assunção do controle por parte do BNDES, tendo ocorrido processo semelhante nas empresas em que a BNDESPAR detinha participação acionária." Assim deu-se a incorporação das seguintes empresas: Caraíba Metais S/A, Celpag – Cia. Guataparã de Papel e Celulose, CCB – Cia. de Celulose da Bahia, CBC Cia Brasileira do Cobre, Cia. Nacional de Tecidos Nova América, Cosinor – Cia. Siderúrgica do Nordeste, Mafersa S/A, Máquinas Piratininga S/A, Máquinas Piratininga do Nordeste S/A e Sibra – Eletrosiderúrgica Brasileira S/A (BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Privatização**: a experiência da BNDESPAR 1987-1989. Rio de Janeiro, 1992. p.3).

³⁷⁸PINHEIRO, op. cit., p.152.

³⁷⁹PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kuchiro (Org.). **A privatização no Brasil**: o caso dos serviços de utilidade pública. Rio de Janeiro: BNDES, 1999. p.17.

³⁸⁰PINHEIRO, op. cit., p.154.

Durante o governo de Ernesto Geisel, as empresas estatais continuaram a ser largamente utilizadas como instrumentos de política macroeconômica, assumindo então o papel de "agentes dinâmicos e condutores" do desenvolvimento, numa época caracterizada por forte "crise internacional". Para implementar o II PND – Plano Nacional de Desenvolvimento, tais empresas foram induzidas a captar recursos no exterior³⁸¹, além das suas próprias necessidades, com a finalidade de "fechar o balanço de pagamentos" do País.³⁸²

Com isso, a acelerada evolução de dívidas em moeda estrangeira tornou as empresas estatais vulneráveis "à alta taxa de juros internacionais e às desvalorizações cambiais implementadas no país", ao final da década de 70. Ademais, as suas receitas foram drasticamente reduzidas em decorrência não só da recessão, mas "também da política pouco realista de reajuste de preços e tarifas dos bens e serviços produzidos por estas empresas, política esta ditada pelo objetivo de controle da inflação no curto prazo".³⁸³

³⁸¹Em 1972 a "participação de estatais na tomada de empréstimos externos situava-se em 25% do total. (...) Como resultado da decisão de continuar com altas taxas de crescimento, a serem conseguidas em inversões das empresas estatais, e sendo o crédito externo o recurso financeiro escolhido, eleva-se acentuadamente a participação do setor público nos empréstimos em moeda estrangeira, que alcança 51% do total em 1976, chegando a 77% em 1980" (ALMEIDA, Fernando Antonio Galvão de; FIORAVANTE, Moacyr Antonio. O papel das empresas estatais. In: FIORAVANTE, Moacyr; FARIA, Lauro Vieira de (Orgs.). **A última década: ensaios da FGV sobre o desenvolvimento brasileiro nos anos 90**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993. p.321).

³⁸²PRADO, Sérgio. Aspectos federativos do investimento estatal. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.) **Empresas estatais e federação**. São Paulo: Fundap, 1996. p.18.

³⁸³WERNECK, Rogério L. F. **Empresas estatais e política macroeconômica**. Rio de Janeiro: Campus, 1987. p.92.

Tais opções governamentais acabaram por comprometer o desempenho das empresas estatais e afetar a sua capacidade de autofinanciamento,³⁸⁴ passando os resultados negativos desses entes, desde então, a serem apontados como os principais responsáveis pelo aumento do déficit público. Desse modo, para conter o endividamento do setor produtivo estatal, o governo brasileiro criou ao fim de 1979 a SEST (Secretaria de Controle das Empresas Estatais), principiando daí, consoante destacam Fernando Antonio Galvão de Almeida e Moacyr Antonio Fioravante³⁸⁵, profundos cortes de investimentos, "importações e despesas correntes das empresas, segundo o melhor receituário ortodoxo de combater a inflação através de redução indiscriminada dos gastos públicos".

É fundamental ressaltar que a administração linear dessa política, visando lograr ajustamentos conjunturais, além de atingir empresas que contribuíram para a manutenção do nível de atividades, comprometeu planos e programas de investimento, impactando na acentuada queda da taxa de acumulação de capital das estatais ao longo da década de 80. Mesmo à sombra da SEST, as estatais continuavam a ser um eficaz instrumento de captação de recursos externos. Nessa nova fase, os projetos de investimentos eram preparados para se amoldar aos créditos contratados globalmente pelo governo. A estes vinculavam-se aquisições de equipamentos nem sempre prioritários às empresas. Os recursos obtidos destinavam-se basicamente a "honrar os encargos da dívida antiga" nas condições contratadas.

Exauridas em sua capacidade de atender aos ditames da política macroeconômica e mergulhadas em intensa crise financeira, as empresas estatais deixaram de ser *instrumentos do desenvolvimento nacional* para se tornarem os *fardos pesados* do orçamento público. Essa realidade adversa, aliada à crise econômica que comprometia as finanças do País, podem ser consideradas os principais fatores que levaram o Estado brasileiro a deflagrar o movimento de

³⁸⁴Como esclarece Fernando Rezende, "estimativas sobre o financiamento dos investimentos das empresas estatais revelaram que a capacidade de autofinanciamento foi bastante elevada em alguns setores. O levantamento da Fundação Getúlio Vargas para o ano de 1969 indicou que a reinversão de lucros (lucros retidos mais provisões para depreciação) foi igual ou maior que a metade da formação bruta de capital fixo nos setores de indústria e de infra-estrutura econômica (exceto transportes)" (REZENDE, op. cit., p.159).

³⁸⁵ALMEIDA e FIORAVANTE, op. cit., p.324-326.

transferência de suas empresas ao setor privado, abandonando, assim, a estratégia estatizante para aderir à *onda privatista* que se disseminou por todo o mundo a partir dos anos 80.³⁸⁶

4.2 O CONTEXTO: A ONDA PRIVATISTA

Embora o afastamento do Estado das atividades de produção possa ser considerado uma tendência mundial, não há uniformidade no tocante aos fatores que impulsionaram ou impulsionam a privatização nos mais diversos países. Pode-se perceber, é verdade, a existência de um senso comum, ordinariamente referido ao agigantamento e ineficiência da iniciativa pública em prejuízo da iniciativa privada e da sociedade em geral. Mas, urge reconhecer que são circunstâncias específicas que levam os governos a deflagrarem o processo de alienação das empresas estatais.

Em países desenvolvidos, como Inglaterra e França, as privatizações foram embaladas, precipuamente³⁸⁷, por motivações político-ideológicas.³⁸⁸ Na Inglaterra, a redução da excessiva participação estatal na economia ocupava o topo

³⁸⁶Para Marcia Carla Pereira Ribeiro, além desses fatores a tendência de privatizar empresas estatais decorre também da opção ideológica dos governantes da hora. Nesse sentido, aduz a autora que "após assimilar mais atividades do que a sua máquina administrativa possa suportar e como resultado de novas posturas ideológicas, vive-se a experiência das privatizações" (RIBEIRO, op. cit., p.47).

³⁸⁷Diz-se *precipuamente* porque, apesar do processo de privatização nesses países não haver irrompido com a finalidade imediata de equacionar desequilíbrios orçamentários, a redução do déficit público sempre esteve entre as suas metas. Ademais, não se pode olvidar que a tendência privatizante se desenvolve no bojo da crise do Estado de Bem-Estar, quando os problemas fiscais colocam em xeque o modelo intervencionista e, como afirma Chirillo, "*todas estas políticas otrora consideradas fuente de crecimiento y reactivación del aparato económico, terminaron siendo fuertemente criticadas...*" (CHIRILLO, op. cit., p.73).

³⁸⁸A *onda privatista* se difundiu "pelo mundo capitalista e até mesmo não-capitalista" graças ao auxílio dos Estados Unidos e "à sua hegemonia militar e ideológica sobre as demais nações. As universidades norte-americanas, centros de excelência nos campos científico e tecnológico, atraindo estudantes do mundo todo, desenvolveram teorias e modelos econômicos e políticos. Este arcabouço teórico deu suporte ao movimento de defesa à supremacia do mercado como orientador da economia, transformando a privatização em tema de economia política" (DWECK, Ruth Helena. O movimento de privatização dos anos oitenta: reais motivos. **Nova Economia**: Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG. Belo Horizonte, v.10, n.2, p.145-170, dez. 2000. p.151).

da agenda no governo de Margareth Thatcher, centrado-se o programa de privatizações britânico no equilíbrio do arranjo público-privado nas atividades econômicas. Segundo Ruth Helena Dweck:

Desde que Margareth Thatcher assumiu o poder, em 1979, a privatização emergiu como uma importante e controvertida questão política, cuja ênfase estava muito mais nas virtudes da desnacionalização do que realmente na questão econômica relativa ao aumento da competição e, conseqüentemente, da eficiência. Inicialmente, o programa de privatização inglês, de acordo com o próprio manifesto eleitoral da Senhora Thatcher, tinha um caráter amplo, visava modificar a fronteira entre o setor público e o setor privado, mas também destacava outras políticas macroeconômicas.³⁸⁹

Além da devolução ao setor privado das empresas que haviam sido *nacionalizadas*, o escopo do governo Thatcher assentava-se na transformação da "Grã-Bretanha em uma economia puramente de mercado"³⁹⁰, tendo sido, por isso, transferidas à iniciativa privada "quase todas as empresas estatais".³⁹¹

Muito mais comedido³⁹², o programa de privatização francês surgiu também como uma reação ao amplo domínio exercido pelo Estado sobre a economia.³⁹³ Através da conhecida *Lei de Democratização do Setor Público*, a França priorizou a pulverização de ações, promovendo o chamado *capitalismo popular*. Esse objetivo, aliás, restou plenamente atendido, visto que, por conta dessa política, o número de acionistas quadruplicou em relação ao número existente no

³⁸⁹DWECK, op. cit., p.162.

³⁹⁰DWECK, op. cit., p.163.

³⁹¹AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996. p.55.

³⁹²De acordo com a sistemática, "as empresas públicas que exploram um serviço público, cuja existência e funcionamento seriam exigidos pela Constituição, não podem ser privatizadas. De outra parte, a referência à existência de um monopólio de fato se opõe igualmente a uma privatização" (DERANI, op. cit., p.123).

³⁹³Ao tempo em que se iniciou o programa, aproximadamente 75% das maiores empresas eram controladas pelo Estado francês (CHIRILLO, op. cit., p.184).

início da década de 80, estimando-se entre 50 a 90% o percentual de empregados que adquiriram ações das empresas estatais privatizadas.³⁹⁴

Já na América Latina, as privatizações foram desencadeadas por razões preponderantemente econômicas, ganhando força esse movimento a partir do início dos anos noventa³⁹⁵ quando a região começou a reverter a inclinação intervencionista revelada nas décadas anteriores.³⁹⁶

Sobre essa realidade, assinala Ravi Ramamurti que:

Em fins da década de 1970, o setor de EE [empresarial estatal] tinha absorvido uma grande parcela do orçamento governamental na forma de subsídios e infusões de capital. Quando os governos incorreram em sérios problemas fiscais na década de 80 e encontraram crescentes dificuldades para contrair empréstimos internos e externos, viram-se forçados a considerar métodos relativamente radicais para transformar o setor EE. Surgiu nos países em desenvolvimento um programa de reforma EE que não tinha paralelo, em escala e em amplitude, em todo o período do pós-guerra. Uma classe de reforma – a privatização – foi especialmente importante.³⁹⁷

³⁹⁴CHIRILLO, op. cit., p.203.

³⁹⁵Com exceção do Chile, que deflagrou o processo em 1974. Neste país, as empresas foram "liquidadas em duas etapas: de 1974 a 1978 e de 1985 a 1990. Os métodos de privatização incluíram vendas diretas, licitações em leilão, vendas em pacotes minoritários a preços subsidiados a trabalhadores e isenções fiscais. Durante a primeira etapa das vendas, o governo chileno ofereceu incentivos a compradores a fim de obter liquidez adicional para o setor público, num esforço para reduzir as conseqüências do grande déficit fiscal criado pela crise sociopolítica de 1970-1973" (HACHETTE, Dominique; LUDERS, Rolf. A aceleração do ritmo da privatização na América Latina. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.37).

³⁹⁶"Na década de 70, uma região que nunca se considerara socialista encontrou-se com um enorme setor público, o qual consistia em empresas que produziam de tudo – desde aço a fósforos." (BOEKER, Paul H. Abertura econômica da América Latina e a redescoberta do investimento externo. In: _____. **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.19).

³⁹⁷RAMAMURTI, Ravi. A privatização como remédio para empresas estatais. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995. p.47.

Como ressalta Ira W. Liberman³⁹⁸, o mau desempenho da economia latino-americana nos anos 80 (a *década perdida*) conduziu à descapitalização das empresas estatais, tornando-as obsoletas e não-competitivas. Diante desse quadro, os governos não tiveram outra opção além de privatizar suas maiores empresas.

O Brasil não fugiu a essa regra, podendo, ao contrário, ser considerado um exemplo emblemático de como as injunções econômicas determinaram os rumos da privatização na América Latina.

Como visto na seção anterior, após um longo período servindo a políticas macroeconômicas nem sempre acertadas, as empresas estatais brasileiras tiveram suas finanças totalmente corroídas, passando a ser então responsabilizadas por todas as mazelas da economia nacional.

Sob esse diagnóstico, o governo de João Baptista Figueiredo deu início, em 1981, ao programa de privatização, visando transferir ao setor privado as empresas estatais que: a) tivessem sido incorporadas pela União, em face de dificuldades financeiras; b) atuassem em áreas nas quais já existisse, "sob controle nacional, setor privado suficientemente desenvolvido"; c) na qualidade de subsidiárias, não cumprissem "objetivos essenciais da empresa controladora", dando ensejo, assim, a "desnecessária ou injusta competição com as empresas privadas nacionais".³⁹⁹

Dessa transferência, excluía-se expressamente as entidades: a) que desempenhavam "atividades diretamente ligadas à segurança nacional, a critério do Presidente da República"; b) que exploravam atividades em regime de monopólio estatal; c) que operavam em áreas econômicas estratégicas "cujo controle o Estado foi levado a assumir para viabilizar o desenvolvimento do setor privado, e não para com ele

³⁹⁸LIBERMAN, Ira W. **Privatization in Latin America and Eastern Europe in the Context of Political and Economic Reform**. Trabalho apresentado no seminário sobre liberalização, integração e privatização, realizado na Lehigh University, em 18 de março de 1993. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/wbi/publicfinance/publicresources/Latin&Europe.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2004.

³⁹⁹Cf. art. 2.º, incisos I a III do Decreto n.º 86.215, de 15 de julho de 1981.

competir"; d) "instituídas com o objetivo de manter o controle nacional do processo de desenvolvimento ou evitar a desnacionalização de setores básicos da economia".⁴⁰⁰

Portanto, apesar de premiada pela conjuntura econômica desfavorável, a política de privatização do último governo militar era bastante restritiva, estando a intervenção estatal ainda fortemente influenciada por concepções nacionalistas. Naquele período, a Comissão Especial de Desestatização relacionou 140 (cento e quarenta) empresas aptas a serem transferidas ao setor privado em curto prazo. Entretanto, apenas 50 (cinquenta) foram arroladas para venda e, dessas, só 20 (vinte) foram transferidas a particulares.⁴⁰¹

O processo de retirada do Estado da economia prosseguiu na mesma cadência durante o governo de José Sarney,⁴⁰² em que pese a adoção de um discurso marcadamente mais privatista. "No total, 18 empresas, avaliadas em US\$ 533 milhões, foram vendidas, com igual número sendo transferido para os governos estaduais, duas incorporadas a outras instituições federais e quatro extintas." Eram, em sua maioria, "empresas pequenas e médias, situadas em setores nos quais a presença do setor privado é predominante".⁴⁰³

Cabe ressaltar que o baixo volume de alienação de empresas estatais nesse período deveu-se também às pressões corporativas dos sindicatos de trabalhadores que chegaram, inclusive, a dissuadir o governo do intento de leiloar algumas empresas estatais.⁴⁰⁴

⁴⁰⁰Cf. art. 4.º, incisos I a IV do Decreto n.º 86.215, de 15 de julho de 1981.

⁴⁰¹PINHEIRO, op. cit., p.158.

⁴⁰²A privatização no Governo José Sarney foi disciplinada pelo Decreto n.º 91.991, de 28 de novembro de 1985, e Decreto n.º 95.886, de 29 de março de 1988.

⁴⁰³PINHEIRO, op. cit., p.158.

⁴⁰⁴Segundo Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho, houve, na época, uma tentativa de privatização da Mafersa, "empresa fabricante de vagões de trens que convivia com déficits crônicos há décadas. No dia de seu leilão, por pressão político-corporativa realizada pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo, presidido então por Luiz Antonio Medeiros, o governo desistiu de vender a estatal, decidindo aguardar melhor oportunidade" (AMARAL FILHO, op. cit., p.117).

Segundo Armando Castelar Pinheiro, com Fernando Collor de Mello as privatizações no Brasil ganharam renovado impulso, por força da "reorientação do modelo de desenvolvimento econômico", do agravamento da situação financeira das empresas estatais e das exigências da "política macroeconômica". O nacionalismo foi definitivamente abandonado, passando o debate a centrar-se na "definição do preço mínimo das empresas", no perigo de se "transferir empresas com grande poder de mercado para o setor privado" e na "qualidade dos serviços ofertados" pela iniciativa privada no pós-privatização. O "mau desempenho da economia como um todo", prossegue o autor, constituiu a "grande motivação para que o país vencesse a inércia e ampliasse a privatização".⁴⁰⁵

O processo seguiu adiante após o *impeachment* de Fernando Collor, apesar das conhecidas objeções do seu sucessor, Itamar Franco.⁴⁰⁶ No governo deste último foi introduzida a exigência de parte do pagamento dos ativos das empresas estatais leiloadas ser efetivada em moeda corrente, além de ser permitida a participação irrestrita de investidores estrangeiros nos leilões.⁴⁰⁷ A essa altura, o apoio às privatizações desbordou das esferas governamentais para setores da sociedade antes resistentes a qualquer idéia nesse sentido.⁴⁰⁸

⁴⁰⁵PINHEIRO, op. cit., p.162.

⁴⁰⁶Até assumir o poder, Itamar Franco havia sido um crítico contundente das privatizações.

⁴⁰⁷A Lei n.º 8.031/90, em seu artigo 13, inciso IV, limitava em 40% a alienação do capital votante a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras. Através da Medida Provisória n.º 362, de 25 de outubro de 1993, esse dispositivo foi alterado para a seguinte redação: "IV - A alienação de ações de empresas a pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras poderá atingir cem por cento do capital votante, salvo determinação expressa do Poder Executivo, que determine percentual inferior".

⁴⁰⁸A propósito, relata Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho que "ao mesmo tempo em que o presidente Collor era destituído, os metalúrgicos de Volta Redonda elegiam nova direção de seu sindicato com a bandeira de viabilizar a privatização da empresa. Como afirmara Luiz Antonio de Medeiros, então presidente da Força Sindical (...) ' quem ficar preso ao passado, defendendo o obsoletismo e a ineficiência, amargará o fel da derrota' " (AMARAL FILHO, op. cit., p.139-140).

Na primeira e segunda fases do Programa Nacional de Desestatização, desenvolvidas, respectivamente, durante os governos de Fernando Collor⁴⁰⁹ e Itamar Franco, houve a inclusão de 65 (sessenta e cinco) empresas estatais na lista das *alienáveis*, sendo que em apenas 33 (trinta e três) delas a participação acionária do Estado foi transferida ao setor privado. Dentre essas, a União detinha o controle de 20 (vinte) e participação minoritária nas outras 13 (treze). As transferências alcançaram a cifra de US\$ 8,2 bilhões, sendo 67% (sessenta e sete por cento) oriundo das alienações de empresas siderúrgicas. Os fundos de pensão, juntamente com os bancos privados, foram os principais adquirentes. Apesar de estimulada, a aquisição de ações por parte dos empregados não obteve o êxito desejado.⁴¹⁰

Até 1994, as privatizações concentraram-se em empresas estatais que exploravam atividades típicas do setor privado, como siderurgia, petroquímica e fertilizantes. Com a ascensão de Fernando Henrique Cardoso ao poder, o afastamento do Estado do domínio econômico entrou no seu terceiro estágio, enveredando-se para as empresas estatais atuantes na área de infra-estrutura (eletricidade, ferrovias, portos, telecomunicações, etc.), além de incluir as empresas instituídas no âmbito dos Estados e Municípios.⁴¹¹ Entre 1995 e 1998, 80 (oitenta) empresas estatais foram leiloadas, somando uma receita de US\$ 60,1 bilhões.⁴¹²

⁴⁰⁹Até agosto de 1992, 14 empresas tinham sido leiloadas, rendendo aos cofres federais a soma de US\$ 3,3 bilhões, "dos quais US\$ 1,4 bilhão conseguido através da venda da Usiminas" (ALMEIDA e FIORAVANTE, op. cit., p.336).

⁴¹⁰TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995. p.6.

⁴¹¹PINHEIRO e GIAMBIAGI, op. cit., p.30.

⁴¹²PINHEIRO, op. cit., p.164.

Num balanço geral das privatizações ocorridas na década de noventa⁴¹³

tem-se que:

Entre outubro de 1991 e março de 1999 foram vendidas 115 EEs [empresas estatais], além de participações minoritárias em diversas empresas privadas, totalizando receitas de US\$ 69 bilhões (...). Além disso, foram transferidas para o setor privado dívidas no valor de US\$ 16,4 bilhões, com a redução da dívida pública em um montante equivalente. (...) enquanto a privatização ficou restrita a empresas industriais federais, as receitas foram comparativamente pequenas, com uma média anual de US\$ 2,7 bilhões em 1991/95, embora muito maior que na década de 80. De 1996 em diante, quando a privatização foi estendida às empresas de serviços públicos e os estados deram início a programas próprios, a privatização aumentou enormemente. Somente as receitas de 1997 ultrapassaram o total obtido nos seis anos anteriores. Das 115 empresas privatizadas até o início de 1999, 28 pertenciam aos estados, e a privatização delas respondeu por cerca de um terço das receitas e transferências de dívida.⁴¹⁴

Acompanhando os dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, verifica-se que, no período de 2000 a 2004, as privatizações reduziram o seu ritmo, tendo ocorrido na esfera federal as transferências das seguintes instituições financeiras: Banco do Estado de São Paulo S/A e 5 subsidiárias (20.11.2000); Banco do Estado do Amazonas S/A (24.01.2002); Banco do Estado de Goiás S/A e 2 subsidiárias (04.12.2001); Banco do Estado do Maranhão S/A e 2 subsidiárias (10.02.2004).

⁴¹³Conforme informações do BNDES, até 1998 as privatizações renderam aos cofres públicos o montante de US\$ 85,2 bilhões, sendo US\$ 68,7 bilhões referentes à arrecadação auferida com os leilões e US\$ 16,5 correspondentes à transferência das dívidas das empresas privatizadas aos seus adquirentes (In: Informativo *Privatização no Brasil 1990-1994 1995-2002*). Entretanto, Aloysio Biondi afirma que os números oficiais são enganosos porque escondem os desembolsos realizados pelo Estado para viabilizar o processo de privatização. Para tanto, sustenta que "houve vendas de longo prazo, a serem pagas em prestações, isto é, o dinheiro não entrou no caixa do governo, mas o seu valor total já é incluído, enganosamente, nos resultados divulgados pelo governo. Houve ainda dívidas das empresas privatizadas, e que foram 'engolidas' pelo Tesouro e deveriam ser pagas pelos 'compradores'. E mais outras despesas que o governo esconde: investimentos antes das privatizações; dividendos que o governo deixou de receber, e por aí afora" (BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado**: um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003. p.66).

⁴¹⁴PINHEIRO e GIAMBIAGI, op. cit., p.35.

Ante tal apanhado, exposto com a brevidade que os estreitos limites deste trabalho permite, constata-se que as privatizações vêm evoluindo com considerável celeridade, revelando uma tendência que, em países em desenvolvimento como o Brasil, baseia-se mais no pragmatismo do que na própria orientação ideológica de seus governantes. Nesse sentido, adverte William A. Orme Jr.⁴¹⁵ que:

Os jovens tecnocratas que ocupam os altos escalões dos ministérios da Fazenda desde Buenos Aires até a Cidade do México revelam flagrantes semelhanças em suas finalidades e propósitos. Vivem numa subcultura moldada pelo pragmatismo, não pela teleologia, e vêem o contraste entre a Europa Oriental e o Leste Asiático como uma clara e objetiva lição de economia desenvolvimentista. A nova geração de políticos a quem esses técnicos prestam contas também tende a ser composta de pessoas práticas: eles querem saber simplesmente o que funciona e o que não funciona, mesmo quando isso contradiz os credos de seus próprios partidos. A palavra favorita dessa nova casta de reformadores é "irreversível". A mudança econômica parece, na verdade, ser tão ampla e tão profunda que fica difícil imaginar uma volta à nacionalização e à substituição das importações por "similares" nacionais. (...) Uma vez instalados no poder, os políticos em toda a região puderam vender empresas estatais com pouca resistência. As empresas estatais são vistas como dispendiosas sinecuras para apaniguados sem qualificações, propiciando um serviço caótico e vastas oportunidades de corrupção. Poucos lamentam sinceramente sua extinção. É significativo não haver nenhuma prova evidente de que qualquer bloco latino-americano de oposição acredite poder obter ganhos eleitorais propondo o regresso de companhias alienadas ao aprisco do setor público.

Ademais, é sabido que nem sempre a decisão de privatizar resulta de estratégias livremente traçadas pelos governos, notadamente os latino-americanos. Muitas vezes essa providência advém de "pressões externas de instituições internacionais de cooperação econômica e de agentes financeiros"⁴¹⁶ aos quais recorrem com freqüência os Estados economicamente mais frágeis.⁴¹⁷

De qualquer maneira, infere-se que, em maior ou menor grau, o afastamento do Estado da exploração direta de atividades econômicas é corriqueiramente

⁴¹⁵ORME JR., William A. A aceleração do Ritmo da Privatização na América Latina. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina**: privatização, investimento estrangeiro e crescimento. Rio de Janeiro: Zahar, 1995. p.27 e 31.

⁴¹⁶AMARAL FILHO, op. cit., p.93.

⁴¹⁷De certo modo essa circunstância confirma a teoria da *dependência estrutural*, tratada no Capítulo 1, Seção 1.2 supra.

preconizado como solução para os problemas fiscais do Estado. Todavia, não são poucos os que põem em dúvida a eficácia da privatização de empresas estatais para se alcançar tal finalidade.

Ao desmobilizar a presença do Estado, através da privatização, o governo visa lograr o equilíbrio fiscal, atacando a questão do déficit público. Ao mesmo tempo, procura contornar o impasse criado pelo colapso da capacidade de financiamento e investimento do Estado, que o impede de exercer plenamente suas funções tradicionais. Em que pesem possíveis contribuições da privatização para a promoção da eficiência e da concorrência e para o reordenamento do setor público, não parecem existir evidências suficientes quanto a uma relação causal entre a privatização e a solução da crise financeira do Estado brasileiro. Esta poderá ser maior ou menor, independentemente do grau de estatização da economia. Nesse aspecto, o programa não deve ser supervalorizado como instrumento de combate ao desequilíbrio financeiro do setor público.⁴¹⁸

Sem embargo de tais considerações, não se pode ignorar que a intervenção estatal na economia vem assumindo uma nova feição. Progressivamente, o Estado abandona a função de produtor de bens e serviços, posicionando-se como regulador e fomentador da atividade econômica exercida pelos particulares.⁴¹⁹

⁴¹⁸ALMEIDA e FIORAVANTE, op. cit., p.336. Em igual sentido: PENTEADO, Mauro Rodrigues. Privatização e parcerias: considerações de ordem constitucional, legal e de política econômica. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.119, p.15, jul./set. 2000.

⁴¹⁹Essa mutação funcional integra o discurso oficial do governo brasileiro, conforme se pode inferir da parte introdutória do *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*, aprovado pela Câmara de Reforma do Estado, em reunião ocorrida em 21 de setembro de 1995, que assim dispõe: "A reforma do Estado deve ser entendida dentro do contexto da redefinição do papel do Estado, que deixa de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social pela via da produção de bens e serviços, para fortalecer-se na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. No plano econômico o Estado é essencialmente um instrumento de transferências de renda, que se torna necessário dada a existência de bens públicos e de economias externas, que limitam a capacidade de alocação de recursos do mercado. Para realizar essa função redistribuidora ou realocadora, o Estado coleta impostos e os destina aos objetivos clássicos de garantia da ordem interna e da segurança externa, aos objetivos sociais de maior justiça ou igualdade e aos objetivos econômicos de estabilização e desenvolvimento. Para realizar esses dois últimos objetivos, que se tornaram centrais neste século, o Estado tendeu a assumir funções diretas de execução. As distorções e ineficiências que daí resultaram deixaram claro, entretanto, que reformar o Estado significa transferir para o setor privado as atividades que podem ser controladas pelo mercado. Daí, a generalização dos processos de privatização de empresas estatais".

Não se trata (e não pode se tratar), pois, de não-intervenção nos moldes propugnados pelo liberalismo clássico, pois, como visto, o sistema capitalista não pode sobreviver sem a presença do Estado. Paradoxalmente, a participação do Estado na economia cresce, ao mesmo tempo em que diminui o aparelho estatal por meio das privatizações. Como adverte Paulo Modesto,

[o Estado não] foi reduzido ao mínimo, nem é uma instituição em processo adiantado de decomposição, como alguns sugerem. Ao contrário, amplia seus tentáculos continuamente, penetrando em quase todas as dimensões da vida privada, tornando-nos cada vez mais dependentes de suas regulações e controles; amplia persistentemente sua participação no produto bruto nacional, numa sanha incansável por novos recursos; endivida-se de forma incontida, sem, entretanto, demonstrar capacidade para tratar adequadamente problemas sociais de vulto.⁴²⁰

Trata-se, na verdade, apenas do *predomínio* de uma modalidade de intervenção estatal sobre outra – a indireta sobre a direta –, até porque a criação de empresas estatais continua a ser ainda uma possibilidade de intervenção constitucionalmente prevista.⁴²¹

⁴²⁰MODESTO, op. cit., p.49.

⁴²¹Aliás, por se tratar de uma tendência, é possível se cogitar da hipótese de sua inversão. Assim, exemplificativamente, “se o mundo voltar a conviver com uma grande polarização política e militar, aumentará a preocupação com a segurança nacional, estimulando a propriedade estatal de setores *sensíveis*. Da mesma forma, se o Estado regulador for incapaz de gerar investimentos nos setores de infra-estrutura em volumes compatíveis com o crescimento do país, poderá ocorrer a estatização na margem desses setores. Um resultado como esse poderá se materializar, em particular, se a política econômica pender outra vez para a ‘ocupação de espaços vazios’ e as agências reguladoras forem utilizadas para atingir esse objetivo. Mas, apesar de plausível, um cenário de reestatização não é provável, pelo menos a curto e médio prazos. De um lado, porque ainda por vários anos a poupança corrente do setor público deve permanecer baixa, o que inviabiliza uma política sustentada de elevados investimentos em capital físico. Pelo contrário, o cenário mais provável é um em que cada vez mais o setor público se concentre na formação de capital humano, deixando para o setor privado a responsabilidade pela acumulação de capital físico. De outro, porque a privatização, como outras reformas implantadas nesta década, cria interesses na manutenção da nova situação. O pêndulo não oscila naturalmente, como em um relógio: para isso é necessário empurrá-lo, vencendo as forças contrárias da inércia e dos interesses estabelecidos, algo que a história mostra ser um processo lento. Rodrik (1998) ilustra esse ponto com as experiências de Chile e Bolívia, ainda que chamando a atenção para o fato de que a maior garantia de sustentação das reformas é o seu sucesso em garantir a estabilidade e o crescimento econômico. De fato, essa é a principal lição da experiência brasileira: os modelos duram enquanto são capazes de produzir o crescimento econômico e são substituídos quando fica claro que não são mais capazes de fazê-lo” (PINHEIRO, op. cit., p.179).

4.3 A NOÇÃO JURÍDICA

Até aqui a privatização foi analisada no contexto da reformulação do papel do Estado na economia, enfocando-se alguns aspectos da conjuntura histórica, econômica e política em que este processo se desenrola. Agora o estudo será direcionado às nuances jurídicas da privatização, principiando pela fixação do sentido e do alcance desse mecanismo que altera os marcos da intervenção estatal.

Para começar, privatização é uma daquelas palavras que, no dizer de Genaro Carrió, são carregadas de forte "significado emotivo", sendo "utilizadas como dardos nas lutas ideológicas".⁴²² Bem por isso, a sua conotação altera-se profundamente dependendo da linha do discurso em que se encontra inserida, podendo tanto ser saudada com entusiasmo por aqueles que a ela associam as idéias de *competitividad e eficiencia* empresarial, quanto ser recebida com profunda antipatia pelos que a vêem como manifestação do indesejável *desmonte do Estado*. Aí se encontra o primeiro obstáculo a ser enfrentado por quem se dispõe a debater o assunto.

Ancorada em bases tão genéricas, a discussão tende a ser inconclusiva, perdendo-se em infundáveis polêmicas. Daí ser imperativo pôr fim a essa indeterminação, buscando extrair do termo um conteúdo prescritivo que permita, inclusive, aferir os limites da sua aplicação.⁴²³

Nesse passo, há que se esclarecer, de pronto, que a privatização pode ser tomada em seu sentido amplo ou restrito. No primeiro caso, a sua noção está

⁴²²"...existen numerosas palabras que al margen o con independencia de lo que podríamos llamar su significado descriptivo, tienen la virtud, por decir así, de provocar sistemáticamente determinadas respuestas emotivas en la mayoría de los hombres. (...) palabras, que ordinariamente se manejan con tremenda imprecisión y que son utilizadas como dardos en las luchas ideológicas..." CARRIO, op. cit., p. 18-19.

⁴²³Por óbvio, o estabelecimento de um sentido determinado para o termo privatização não o torna neutro e despido de qualquer carga ideológica, até porque há uma ideologia que, necessariamente, permeia a sua construção – a ideologia constitucionalmente adotada. Assim, é a mesma opção ideológica constitucional que autoriza o Estado a intervir no domínio econômico que, conforme se verá mais adiante, guia a necessidade de seu afastamento.

atrelada à redefinição do tamanho do Estado, ou, mais propriamente, à retração das atividades por ele empreendidas na seara econômica, englobando a desregulamentação, a quebra de monopólios⁴²⁴, a alienação de participações societárias de empresas estatais ao setor privado, a concessão de serviços públicos, bem como outras parcerias estabelecidas entre o Poder Público e a iniciativa privada (*contracting out*).⁴²⁵

Privatizar pode também significar a adoção de medidas tendentes ao gerenciamento da empresa estatal, conforme o modelo de gestão privada, sem que, para isso, seja necessário alienar a participação acionária do Estado a particulares.⁴²⁶

Na sua acepção restrita, a privatização denota a transferência, pelo Estado, do controle de suas empresas estatais, sendo esta, aliás, a definição trazida pelo artigo 2.º, § 1.º da revogada Lei n.º 8.031/90.⁴²⁷ A legislação revogadora, Lei n.º 9.491/97, não repete a expressão, mas emprega um termo mais genérico –

⁴²⁴Segundo Rachel Sztajn, "nesse caso a facilitação para a entrada de empresas privadas em setores em que anteriormente havia monopólio estatal constitui forma interessante de privatização 'espontânea', sem que se faça a efetiva transição na titularidade dos bens públicos" (SZTAJN, Rachel. Notas sobre privatização. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.104, jan./mar. 2000).

⁴²⁵DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.17-18.

⁴²⁶Assim, poderia ser entendida como "privatização" a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira das empresas estatais viabilizada por meio de "contrato, a ser firmado entre seus administradores e o Poder Público", nos termos do artigo 37, § 8.º da Constituição Federal. Nas palavras de Carlos Ari Sunfeld: "O que importa especialmente reter dessa norma é o reconhecimento constitucional de que a outorga de autonomia aos dirigentes da empresa estatal – e, portanto, a diminuição da influência direta das autoridades governamentais incumbidas de exercer o controle societário do Estado sobre seu ente – pode ser um meio eficaz de realizar os interesses públicos que justificaram a participação do Estado na empresa. Em outros termos: está-se admitindo que a persecução do interesse público, mesmo nas entidades estatais, não depende necessariamente de a gestão ser controlada pelo próprio Governo" (SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In:_____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.271).

⁴²⁷Há autores que incluem no conceito restrito de privatização a *despublicacio*, que pressupõe o trespasse da atividade [serviço público] à livre exploração por parte dos particulares. (CHIRILLO, op. cit., p.88).

desestatização – para abranger: a) a alienação do controle acionário das empresas estatais; b) "a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade"; c) "a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União".⁴²⁸

Apesar do artigo 2.º, § 1.º da Lei n.º 9.491/97 referir-se às três situações anteriormente descritas, a leitura do artigo 4.º do mesmo diploma legal indica claramente que, por desestatização, deve-se compreender também as seguintes operações realizadas no âmbito das empresas estatais: a) transferências de participações acionárias, inclusive minoritárias; b) "abertura de capital"; c) "aumento de capital, com renúncia ou cessão, total ou parcial, de direitos de subscrição"; d) dissolução ou desativação parcial do empreendimento.

O exame destas disposições leva a concluir que a Lei n.º 9.491/97 não estabelece distinção entre "desestatização" e "privatização", uma peculiaridade bastante criticada por parte da doutrina.⁴²⁹ Para fins deste trabalho, contudo, o termo privatização é empregado em seu sentido restrito⁴³⁰, correspondendo à alienação do controle das empresas estatais ao setor privado, mais exatamente daquelas que atuam na produção de bens e serviços para o mercado – *produção de mercado*.⁴³¹

Delimitada nestes termos, a privatização não pode, em consequência, ser empregada como sinônimo de *desregulamentação* ou *desregulação*. Desregulamentar ou desregular significa reduzir ou eliminar as barreiras restritivas

⁴²⁸Esta última hipótese foi inserida pela Medida Provisória n.º 2.161-35, de 23 de agosto de 2001.

⁴²⁹SARFERT, Thereza Maria. Técnicas de privatização. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.184-278, jan./mar. 2000. p.215.

⁴³⁰Essa delimitação terminológica alcança apenas as privatizações no âmbito do direito nacional, tendo em vista que a abordagem das seções 5.1 e 5.2 foi desenvolvida sem o rigor desse critério.

⁴³¹Assim, pode a privatização ser considerada espécie da qual desestatização é gênero.

da atividade econômica⁴³², correspondendo a uma providência que usualmente antecede as privatizações.⁴³³

Na condição de simples técnica (ou meio) de desestatização, a privatização não é *a priori* nem boa nem má, adequada ou inadequada, e, por esse motivo, salienta Carmem Lúcia Antunes Rocha que:

Não se trata de ser contra ou a favor de privatização. Privatização não contém em si mesmo qualquer conotação ideológica definitiva. Determinado processo de desestatização é que pode ter – e em geral tem – aquela conotação. Assim, não se é de ser contra ou a favor de privatização, podendo e devendo o cidadão se posicionar, contudo, sobre um processo específico de desestatização. Também não se há desconhecer que o processo de privatização possa ser considerado e avaliado fora do contexto no qual ele ocorre.⁴³⁴

Como acontece no ato de sua criação, o trespasse de uma empresa estatal ao domínio privado demanda "cuidadosa valoração de todo um quadro factual *personalizado*",⁴³⁵ pois é na avaliação das suas causas e conseqüências que se pode aferir a juridicidade e a oportunidade do processo. Esta conclusão deriva do fundamento normativo da privatização, do qual se tratará na seqüência.

4.4 A FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA

É fato que a Constituição Federal não traz qualquer norma expressa acerca da privatização. Porém, não se pode extrair dessa assertiva ilações apressadas, como a de que o Poder Público goza de total liberdade para transferir o controle de suas empresas à iniciativa privada.

⁴³²SOUTO, op. cit., p.147.

⁴³³A propósito do que ocorreu com a revogação do artigo 171 da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional n.º 6, de 15.8.1995. Tal modificação foi efetivada com a finalidade de viabilizar a maior participação de investidores estrangeiros nas privatizações.

⁴³⁴ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A privatização das empresas estatais. **Revista Direito Federal**, Niterói, v.17, n.59, p.423, out./dez. 1998.

⁴³⁵BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas, à luz da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.12, p.130, 1995.

O mesmo artigo 173 do texto constitucional que justifica o ingresso do Estado na atividade empresarial, em face de relevante interesse coletivo e dos imperativos da segurança nacional, impõe a sua retirada quando não mais estiverem presentes essas circunstâncias.

Igualmente, se a Constituição exige que lei específica autorize a criação de empresa estatal (art. 37, XIX), "o princípio da simetria das formas ou lei do retorno" impõe a mesma exigência para a sua privatização, porquanto "é também casuisticamente que o Congresso Nacional", assim como as Assembléias Legislativas dos Estados e Câmaras Municipais, podem "autorizar o transpasse da titularidade empresarial".⁴³⁶

A decisão de privatizar, neste viés, deve ser tomada, e legalmente autorizada, sempre "no varejo" e não "no atacado", o que põe em dúvida até mesmo o cabimento da expressão *programa* para designar dito fenômeno.⁴³⁷

Note-se, contudo, que a privatização, no sentido restrito em que o termo ora é empregado, insere-se num conjunto de medidas ou, agora sim, num *programa*, tendente a reformular a relação Estado-mercado.

O Programa Nacional de Desestatização, disciplinado pela Lei n.º 9.491/97, trata dessa reformulação, esmiuçando-a nos seguintes objetivos:

I - reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público; II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; III - permitir a retomada de investimentos nas empresas e atividades que vierem a ser transferidas à iniciativa privada; IV - contribuir para a reestruturação econômica do setor privado, especialmente para a modernização da infra-estrutura e do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia, inclusive através da

⁴³⁶BRITTO, op. cit., p.129. Comunga do mesmo entendimento: SUNDFELD, A participação..., op. cit., p.266.

⁴³⁷BRITTO, op. cit., p.130.

concessão de crédito; V - permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais; VI - contribuir para o fortalecimento do mercado de capitais, através do acréscimo da oferta de valores mobiliários e da democratização da propriedade do capital das empresas que integrem o Programa.⁴³⁸

Em linhas gerais, o Programa estampa a idéia de que o setor privado desempenha com maior eficiência as atividades empresariais (incisos III e IV), cabendo ao Estado, por conseguinte, restringir a sua participação direta na economia ao nível do *essencial* (incisos I e V).

A expansão e a consolidação do mercado de capitais (inciso VI) também são arroladas como metas, mas é no equacionamento dos problemas fiscais do Estado (inciso II) que se encontra o fundamento principal do Programa Nacional de Desestatização. É esse entendimento que leva Otávio Yazbek a afirmar que "os outros objetivos declarados na Lei n.º 9.491/97 [têm] natureza acessória, quando não meramente retórica".⁴³⁹

Principais ou acessórios, ditos objetivos hão de ser cumpridos por diversos meios, sendo a privatização apenas um deles.⁴⁴⁰ Observe-se, entretanto, que o Estado não poderá dispor de tal meio, aleatoriamente, por lhe ser vedado, como antes dito, privatizar as suas empresas, *enquanto* estas estiverem voltadas ao atendimento de relevante interesse coletivo ou dos imperativos da segurança nacional.

⁴³⁸Conforme artigo 1.º da Lei n.º 9.491/97, que, praticamente, reproduz o artigo 1.º da revogada Lei n.º 8.031/90. Apenas os incisos II e IV sofreram parcial modificação, sendo esta a sua redação original: "II - contribuir para a redução da dívida pública, concorrendo para o saneamento das finanças do setor público; (...) IV - contribuir para modernização do parque industrial do País, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia".

⁴³⁹YAZBEK, Otávio. Privatização e relação entre interesses públicos primários e secundários – as alterações na legislação societária brasileira. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.120, p.100-110, out./dez. 2000. p.107.

⁴⁴⁰Conforme seção 4.3.

De outra parte, as empresas estatais *deverão* ser privatizadas⁴⁴¹ toda vez que desaparecerem os referidos pressupostos constitucionais, "ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo, mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal".⁴⁴²

Aliás, as privatizações de empresas estatais lucrativas⁴⁴³ são as que, de ordinário, suscitam as maiores resistências e reações, fazendo o debate desbordar do plano jurídico para o puramente ou eminentemente econômico. Não obstante, o que foi até aqui exposto permite concluir que o critério da rentabilidade positiva não é suficiente para manter a empresa sob o controle estatal, assim como o da rentabilidade negativa não é bastante para recomendar a sua privatização.

Importa reconhecer, por fim, que o trato da privatização demanda também a avaliação das suas repercussões econômicas e sociais⁴⁴⁴, na medida em que "privatizar não é somente abrir fronteiras de mercado", mas, "sob o ponto de vista

⁴⁴¹Há também a possibilidade de extinção da entidade. No entanto, o princípio da função social (art. 170, III CF/88) impõe que essa alternativa somente seja considerada diante da absoluta inviabilidade da exploração empresarial por particulares; a empresa pode até não atender mais a um *relevante interesse coletivo*, mas certamente a sua manutenção será, quase sempre, de *interesse da coletividade*.

⁴⁴²SOUTO, op. cit., p.144.

⁴⁴³Observe-se que o fato de o governo brasileiro haver optado por incluir no Programa Nacional de Desestatização empresas rentáveis como a Usiminas – Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S/A e a Companhia Vale do Rio Doce S/A não invalida o argumento de que as privatizações no Brasil foram orientadas, preponderantemente, por critérios econômicos (cf. seção 4.2 supra). Diferentemente, tais privatizações tiveram o objetivo de conquistar a confiança do mercado, nacional e internacional, demonstrando o firme propósito do governo de afastar o Estado da economia.

⁴⁴⁴A privatização efetivada sem a devida mensuração de suas conseqüências pode acarretar graves desequilíbrios econômicos, a exemplo do que se verificou no caso da Cosinor – Companhia Siderúrgica do Nordeste. Tendo por objeto a produção de laminação de vergalhões de aço, a Cosinor era a única empresa do ramo no nordeste. Em leilão realizado em 14.11.1991, o Grupo Gerdau adquiriu 99,8% das suas ações, passando a deter "o monopólio do setor siderúrgico da Bahia ao Amazonas. Em seguida à privatização, o grupo controlador demitiu em massa seus funcionários e fechou seu setor siderúrgico. Por pura conveniência mercadológica, a Gerdau desmontou as máquinas e equipamentos da laminação e aciaria, para então transferi-los a outras empresas do grupo" (AMARAL FILHO, op. cit., p.134).

jurídico, privatizar é eliminar deveres do poder público, no que concerne à atuação [direta] do Estado no domínio econômico".⁴⁴⁵

4.5 O PÓS-PRIVATIZAÇÃO: O INTERESSE PÚBLICO NAS EMPRESAS PRIVATIZADAS – ALGUMAS HIPÓTESES DE REGULAÇÃO ESTATAL

No momento em que o Estado aliena o controle de sua empresa a particulares, desaparece a empresa estatal e nasce a empresa privada⁴⁴⁶, sendo que considerações feitas nos capítulos 2 e 3 dão a medida das profundas alterações estruturais e funcionais que se operam em tal situação.

Mas, se a privatização produz o desaparecimento da empresa estatal, o que dizer do interesse público que a orientava? Segue ele o mesmo destino?

A resposta a essa indagação demanda um esclarecimento preliminar. A privatização modifica a titularidade do comando da empresa, porém não transforma a natureza da atividade empresarial.⁴⁴⁷ Portanto, se uma atividade se qualifica como serviço público quando explorada por empresa estatal, como serviço público continuará a ser qualificada quando o Estado transferir a particulares o controle desta empresa. Nesse caso, está claro que o interesse público não desaparece com a privatização, porque a sua existência é inerente à própria atividade.

⁴⁴⁵DERANI, op. cit., p.115.

⁴⁴⁶"Nenhum espanto deve causar a assertiva segundo a qual a alienação do controle público sobre a empresa estatal *produz seu imediato desaparecimento*. A afirmação é juridicamente exata: é que a medida suprime a personalidade governamental do ente, o qual deixa de ser uma ' empresa estatal' , transformando-se em ' empresa ordinária' . Por isso, a empresa estatal efetivamente desaparece, remanescendo uma *simples empresa*, despida do *status* governamental." (SUNDFELD, A participação..., op. cit., p.266).

⁴⁴⁷BRITTO, op. cit., p.125.

Direcionando a análise para o campo da produção de bens e serviços para o mercado, ao qual se circunscreve este trabalho, cabe concluir que, uma vez considerada privada esta atividade, privada ela sempre será, independentemente da qualidade de quem a venha explorar – Estado ou particulares. Por conseguinte, em tal hipótese o exame do interesse público no pós-privatização deve ser diferenciado e desdobrado em dois diferentes aspectos.

Primeiramente, com relação ao interesse público que deflui do artigo 173 da Constituição Federal, é de se supor que, ao tempo da privatização, ele não mais subsista, pois seria injustificável o Estado abdicar do controle de uma empresa estatal que ainda tenha sua atividade voltada ao atendimento de relevante interesse coletivo ou dos imperativos da segurança nacional.

Por outro lado, quando o interesse público é tomado como expressão da função social dos meios de produção, correspondendo ao conjunto das legítimas aspirações e expectativas das partes envolvidas na atividade empresarial (empregados, fornecedores, consumidores, etc.)⁴⁴⁸, a sua existência no âmbito das empresas privatizadas revela-se inequívoca.

Diga-se de passagem que "se a empresa estatal a negociar não tivesse função social a cumprir, já agora por intermédio do setor privado, é claro que ela não seria objeto de privatização, mas de liquidação ou desativação pura e simples".⁴⁴⁹

E, uma vez que não mais dispõe do controle societário para encaminhar as decisões da empresa privatizada ao cumprimento da sua função social, incumbirá ao Estado intervir para resguardar esse interesse, só que agora de forma indireta, através das ações interventivas que, de maneira geral, alcançam todas as empresas privadas que exploram atividades econômicas de mercado.

⁴⁴⁸Cf. capítulo 2, seção 2.2.

⁴⁴⁹BRITTO, op. cit., p.131.

Poderá, então, fazê-lo através de *normas de direção*, ou seja, por meio de "comandos imperativos, dotados de cogência, impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos".⁴⁵⁰ Recordando as asserções anteriores, é a lei a maneira adequada de se impor aos particulares obrigações de fazer hábeis a concretizar o princípio da função social da empresa.⁴⁵¹ Entretanto, não é incomum o Poder Público buscar essa concretização por intermédio das *normas de indução*, de conteúdo positivo,⁴⁵² substituindo o *comando* imperativo pelo *convite*.⁴⁵³

Conquanto não seja a mais apta a garantir o efetivo cumprimento do referido princípio constitucional, pela ausência de conteúdo sancionatório, a *intervenção indutiva* (positiva)⁴⁵⁴ consubstancia, no mais das vezes, a fórmula *possível* para o Estado implementar o referido preceito constitucional, uma vez que as suas ações (do Estado) são fortemente limitadas⁴⁵⁵ pela dinâmica do modo de produção capitalista.

O fato de ser em sua maior parte privada a propriedade da força de trabalho e capital significa que as instituições deste Estado são incapazes de organizar diretamente o processo de produção com base em critérios políticos. A independência da economia controlada capitalisticamente se vê reforçada pela ameaça constante do capital privado no

⁴⁵⁰GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.169.

⁴⁵¹Cf. capítulo 2, seção 2.2.

⁴⁵²"Também há *norma de intervenção por indução* quando o Estado, v.g., onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens. A indução, então, é negativa." (GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.170).

⁴⁵³GRAU, **A ordem**..., op. cit., p.170.

⁴⁵⁴A Lei n.º 10.748/2003 pode ser citada como exemplo de norma de indução positiva. Por meio dessa legislação, o Governo Federal instituiu o Programa Primeiro Emprego, prevendo a concessão de subvenção econômica (art. 5.º) aos empregadores que contratarem jovens com idade entre 16 (dezesesseis) e 24 (vinte e quatro) anos, sem vínculo empregatício anterior, provenientes de "famílias com renda mensal **per capita** de até meio salário mínimo" e que atendam aos demais requisitos do art. 2.º.

⁴⁵⁵Cf. Capítulo 1, seção 1.2.

sentido de *não* investir, que se colocada em prática implica crise econômica (...). Em consequência, os administradores do Estado de Bem-Estar têm "auto-interesse" de outorgar um tratamento preferencial à economia capitalista, já que o funcionamento saudável deste subsistema econômico (...) é uma condição essencial para a "lealdade das massas" ao Estado e, indiretamente, a fonte vital de suas rendas...⁴⁵⁶

A *intervenção por indução* (positiva) pode ser empregada ainda para estimular a iniciativa privada a empreender ações que a lei não poderia impor coercitivamente aos particulares. Assim, por intermédio da concessão de incentivos fiscais, subvenções, entre outros mecanismos de fomento, o Poder Público labora para *convencer* as empresas privadas a se engajarem em ações de *responsabilidade social*, realizando investimentos em educação, assistência social, meio ambiente, cultura, etc.⁴⁵⁷

A par dessas regulações⁴⁵⁸ normativas, a empresa privatizada pode sujeitar-se ainda a uma regulação de índole societária, a qual se efetiva através de ações de classe especial que outorgam ao ente privatizante poderes para controlar

⁴⁵⁶"...por una parte las políticas y actividades administrativas del Estado de Bienestar se ven constrenidas y limitadas por la dinámica de la esfera de producción económica. Se supone que las políticas del Estado de Bienestar se encuentran 'negativamente subordinadas' al proceso de acumulación capitalista. El hecho de ser en su mayor parte privada la propiedad en fuerza de trabajo y capital significa que las instituciones de este Estado son incapaces de organizar directamente el proceso de producción con arreglo a criterios políticos. La independencia de la economía controlada capitalísticamente se ve reforzada por la amenaza constante del capital privado en el sentido de no invertir, que si se lleva en la práctica implica crisis económica, como sabemos por el período actual. En consecuencia, los administradores de Estado del Bienestar tienen 'auto-interés' en otorgar un trato preferente a la economía capitalista, ya que el funcionamiento saludable de este subsistema económico (inversión capitalista y 'pleno empleo' de la fuerza laboral) es una condición crucial para la 'lealdad de masas' al Estado e, indirectamente, la fuente vital de sus rentas (que se generan mediante imposición directa e indirecta, tarifas y préstamos bancarios)." (KEANE, op. cit., p.20).

⁴⁵⁷Exemplificativamente, a Lei n.º 8.313/91, que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura, incentiva a participação da iniciativa privada em projetos culturais que propiciem à população em geral o conhecimento dos bens de valores artísticos e culturais (art. 25), permitindo a dedução no Imposto de Renda dos valores efetivamente destinados para esse fim (art. 26).

⁴⁵⁸Dada a diversidade de significado do termo "regulação", cabe esclarecer que, aqui, este é tomado em seu sentido amplo, ou seja, correspondente "à intervenção estatal na economia que não se efetiva pela participação direta na atividade econômica (como agente), mas se concretiza mediante condicionamento, coordenação e disciplina da atividade econômica privada" (CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001. p.53).

as deliberações sociais, mesmo após o capital votante haver sido transferido para o domínio privado.

A *golden share*, como é chamada essa espécie de ação, surgiu no direito inglês, sendo a sua instituição justificada então "nos casos em que se entendia que o interesse público permanecia latente na empresa privatizada".⁴⁵⁹ Na França, ela recebeu a denominação *action spécifique*, subordinando-se a sua criação às razões de interesse nacional.⁴⁶⁰

No Brasil, esse mecanismo foi primeiramente previsto pelo artigo 18 da Lei n.º 6.404/76, tendo por "objetivo explícito", segundo Calixto Salomão Filho, "possibilitar que sócios precipuamente capitalistas, como grandes bancos estatais, pudessem fomentar o desenvolvimento de empresas com participação de capital que não representassem endividamento para essas. A contrapartida era o interesse em poder participar, via poder de veto, de decisões estratégicas".⁴⁶¹

No âmbito das privatizações, a Lei n.º 8.031/90 explicitou a possibilidade da criação de ações dessa natureza nas empresas privatizadas, especificando que estas poderiam ser detidas exclusivamente pela União e que o seu poder estaria restrito ao *veto* em determinadas matérias.⁴⁶² Com o advento da Lei n.º 9.497/97, que revogou as disposições da Lei n.º 8.031/90, as prerrogativas conferidas às

⁴⁵⁹"...acciones preferenciales o especiales – denominadas golden shares – en los casos en que se entendía que el interés público permanecía latente en la empresa privatizada." (CHIRILLO, op. cit., p.173).

⁴⁶⁰CHIRILLO, op. cit., p.199.

⁴⁶¹SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.113.

⁴⁶²O artigo 6.º da Lei n.º 8.031/90 atribuía à Comissão Diretora do Programa Nacional de Desestatização a competência para "sugerir a criação de ações de classe especial e as matérias que elas" [disciplinariam] (inciso XIII).

golden shares ampliaram-se para além do direito de *veto*, passando a incorporar, genericamente, *poderes especiais em determinadas matérias*.⁴⁶³

Recentemente, a matéria recebeu especial tratamento da Lei n.º 10.303/2001, a qual introduziu o § 7.º no artigo 17 da Lei n.º 6.404/76 com a seguinte redação: "Nas companhias objeto de desestatização poderá ser criada ação preferencial de classe especial, de propriedade exclusiva do ente desestatizante, à qual o estatuto social poderá conferir os poderes que especificar, inclusive o poder de veto às deliberações da assembléia geral nas matérias que especificar".

Para lá de atribuir contornos mais precisos à *golden share*, quando aplicada às empresas privatizadas⁴⁶⁴, o novel dispositivo legal estendeu a sua utilização aos Estados e Municípios, diversamente das Leis n.º 8.031/90 e n.º 9.491/97, que restringiam esse direito à União.

Reconhece a doutrina que a outorga de poderes especiais conferidos à *golden share* desloca o controle da companhia, podendo o seu detentor vir a ser equiparado ao controlador (art. 116), inclusive para fins da responsabilidade a que alude o artigo 117 da Lei n.º 6.404/76.⁴⁶⁵ Contudo, em relação às companhias privatizadas, essa circunstância peculiar suscita algumas questões essenciais: a) se, como visto, é o efetivo controle pelo Estado que caracteriza a empresa estatal, manterá essa entidade a mesma qualificação quando, após privatizada, o ente público privatizante detiver esse controle por via da *golden share*? Qual é a lógica que existe no fato de o Poder Público alienar o controle de uma empresa ao setor

⁴⁶³Expressamente dispõe o artigo 8.º da Lei n.º 9.491/97: "Sempre que houver razões que justifiquem, a União deterá, direta ou indiretamente, ação de classe especial do capital social da empresa ou instituição financeira objeto da desestatização, que lhe confira poderes especiais em determinadas matérias, as quais deverão ser caracterizadas nos seus estatutos sociais".

⁴⁶⁴Com as modificações introduzidas pela Lei n.º 10.303, em especial o novo § 7.º do artigo 17, a situação ficou mais clara. Poder de veto é faculdade exclusiva do ente desestatizante. Não pode ser incluída (e essa interpretação já se impusera na vigência da lei anterior) entre os direitos políticos atribuídos às ações preferenciais pelo artigo 18." (SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.113).

⁴⁶⁵SALOMÃO FILHO, **O novo...**, op. cit., p.114.

privado e, ao mesmo tempo, resguardar para si o *direito* de controlar o seu destino? Esse instrumento de regulação guarda compatibilidade com o ordenamento constitucional vigente?

No que se refere à natureza da companhia privatizada e controlada pelo Estado por meio da *golden share*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aparentemente admite que essa forma de controle empresarial substitui a *maioria* do capital votante exigida para uma empresa se qualificar como sociedade de economia mista. Nesse sentido afirma o autor:

[o] *controle societário*, exercido pelo Poder Público sobre a *sociedade de economia mista*, dá-se exclusivamente na forma da legislação comercial aplicável, isto é, através da *maioria societária*, e não por ingerência administrativa direta por atos administrativos da entidade política matriz. A obrigatoriedade de detenção da maioria do capital deliberante para exercer direção finalística da paraestatal, no que se refere à sua atuação no estrito desempenho da atividade legalmente delegada, pode, todavia, ser afastada pela própria legislação federal, como efetivamente o faz, pela instituição das chamadas quotas ou ações privilegiadas ou "de ouro" (*golden shares*). Atribui-se, assim, ao Estado, enquanto detentor dessas quotas ou ações privilegiadas, um controle empresarial *sui generis*, específico e restrito à execução das atividades de interesse público que foram objeto da *delegação legal*, sem mais que detendo um capital meramente simbólico, aplicado ao empreendimento econômico.⁴⁶⁶

Todavia, se pudesse ser considerada uma entidade paraestatal pela só razão de ter o Estado como acionista especial, detentor de *golden shares*, a empresa privatizada manteria a sua condição de *criatura* da Administração Pública, sujeitando-se, em conseqüência, aos mesmos controles externos, princípios constitucionais e amarras burocráticas que o Estado pretendia eliminar ao privatizá-la. Evidentemente, essa circunstância contraria o próprio sentido da privatização e, por isso, não se pode atribuir ao controle inerente às *golden shares* uma dimensão maior do que aquela que ele efetivamente possui, qual seja, a de constituir um instrumento de regulação da atividade econômica. Numa palavra, quando privatizada a empresa estatal torna-se empresa privada e a existência de ações preferenciais especiais, na forma do artigo 17, § 7.º da Lei n.º 6.404/76, não altera essa situação.

⁴⁶⁶MOREIRA NETO, op. cit., p.255.

Passando à questão seguinte, insta ponderar que, correntemente, a privatização de empresas estatais, com a subsequente reserva das referidas ações preferenciais especiais ao Estado, é justificada pela necessidade de se resguardar o interesse público nas empresas privatizadas. Entretanto, esta alegação deve ser devidamente refletida.

Quando a privatização recai sobre as entidades prestadoras de serviço público, esse interesse no pós-privatização, já se disse, identifica-se com o próprio objeto da atividade empresarial. Por conseguinte, neste caso não chega a causar estranheza o fato de o Poder Público manter consigo poderes de controle sobre as decisões que possam afetar estrutural e funcionalmente as empresas privatizadas.⁴⁶⁷

O mesmo não se pode afirmar em relação àquelas sociedades que atuam na esfera da produção de mercado. Num regime constitucional que consagra os princípios da livre iniciativa e da propriedade privada e que, apenas por exceção, outorga ao Estado o direito de envolver-se na exploração de atividades econômicas não designadas como serviço público, a interferência estatal na gestão de uma empresa privada (privatizada), que desempenha uma atividade de mercado, haverá que ser considerada, em princípio, juridicamente reprovável.

No entanto, os poderes especiais inerentes à *golden share* poderão ser **temporariamente** exercidos pelo ente privatizante quando tal sorte de intervenção se fizer necessária para conferir maior segurança e estabilidade ao mercado na transição da empresa estatal para a empresa privada. Nesse caso, o caráter transitório da medida deixa subentendido que a presença do Estado na sociedade corresponde a uma das etapas de determinados processos de privatização, a última, para melhor precisar.

Sustenta Modesto Carvalhosa que "nas empresas industriais que não prestam serviços públicos, como as siderúrgicas, a *golden share* funciona como instrumento de **manutenção da concorrência**, evitando a formação de cartéis e

⁴⁶⁷Por exemplo, dissolução, venda de ativos básicos, fusão, cisão, mudança do objeto social, alienação do controle, etc.

monopólios. Isso permite ao governo atuar como uma agência reguladora agindo não de forma externa, mas internamente às companhias privatizadas".⁴⁶⁸

De fato, este é o típico caso que autoriza a utilização **temporária** da *golden share* no âmbito da empresa estatal cujo capital votante tenha sido transferido à iniciativa privada. Mas, esclareça-se: por seu conteúdo notoriamente restritivo ao direito dos particulares envolvidos na administração empresarial, a opção pela regulação societária deve sempre pautar-se pelo princípio da proporcionalidade⁴⁶⁹, sendo cabível apenas quando houver comprovação de ser este o meio menos restritivo ou o único apto a produzir os resultados de interesse geral pretendidos.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸CARVALHOSA, Modesto; EIRIZIK, Nelson. **A nova lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.110.

⁴⁶⁹"Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam." (MELLO, **Curso...**, op. cit., p.101).

⁴⁷⁰A participação do Estado em empresas privatizadas por via da *golden share* tem sido alvo de intenso debate na Comunidade Européia. Em recentes decisões, o Tribunal de Justiça Europeu firmou o entendimento de que os governos têm o direito de instituir a *golden share* se a companhia privatizada possuir *importância estratégica* para o país e a medida atender ao princípio da proporcionalidade. Essa regra geral, contudo, não elimina o conflito que acaba por recair na interpretação do que seja *importância estratégica* e nos limites que devem ser observados para que o uso da *golden share* possa ser considerado proporcional. No Processo C- 483/99, Comissão das Comunidades Européias contra República Francesa, julgado em 04.06.2002, o Tribunal Europeu decidiu que, apesar de haver "preocupações que podem, consoante as circunstâncias, justificar que os Estados-Membros conservem uma determinada influência nas empresas inicialmente públicas e posteriormente privatizadas, quando essas empresas actuam nos domínios dos serviços de interesse geral ou estratégicos (...) não cumpre as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 56.º CE um Estado-Membro que mantém em vigor uma regulamentação nacional que institui uma acção específica deste Estado numa sociedade petrolífera, por força da qual esta acção específica é acompanhada dos seguintes direitos: uma autorização prévia do Estado para qualquer superação de determinados limites de detenção de títulos ou de direitos de voto; um direito de oposição às decisões de cessão e de constituição de garantia sobre a maioria do capital de várias filiais da referida sociedade. Com efeito, essa regulamentação constitui uma restrição aos movimentos de capitais na acepção da referida disposição e para a qual não se pode admitir uma justificação. Embora, a este respeito, o objectivo de garantir a segurança do aprovisionamento em produtos petrolíferos em caso de crise releve das razões de segurança pública que podem justificar um entrave à livre circulação de capitais, conforme o artigo 58.º, n.º 1, alínea b), CE, a regulamentação em causa vai além do necessário para se atingir esse objectivo dado que a estrutura do regime instituído carece de critérios objectivos e precisos".

No caso da livre concorrência, a respectiva tutela pode ser implementada por formas menos invasivas, como as medidas de controle previstas na legislação antitruste,⁴⁷¹ decorrendo daí a desproporcionalidade da utilização *permanente* da *golden share* para esta finalidade.

Imaginar que possa subsistir na atividade de mercado explorada pela empresa privatizada um interesse público permanente, não suscetível de ser regulado por outras formas que não a participação direta do Estado na sua administração, pode, no mínimo, pôr sob suspeita a pertinência da privatização realizada. Ou bem o interesse público (relevante interesse coletivo ou imperativo da segurança nacional) existe e o Estado o persegue através das empresas estatais, na forma do artigo 173 da Constituição Federal, ou bem ele não existe e, daí, deve o ente estatal se retirar definitivamente do exercício da atividade, deixando à iniciativa privada a responsabilidade pela sua exploração.

A não ser em caráter transitório, como explicitado acima, é de duvidosa constitucionalidade a solução que se coloca a meio caminho dessa proposição.⁴⁷²

⁴⁷¹Lei n.º 8.884/94.

⁴⁷²A despeito disso, cabe lembrar que, na privatização da Companhia Vale do Rio Doce, a União reservou para si uma *golden share* que lhe assegura poder de veto permanente nas seguintes matérias: a) alteração da denominação social; b) mudança da sede social; c) mudança do objeto social relativamente à exploração de jazidas minerais; d) liquidação da companhia; e) qualquer alienação ou encerramento das atividades de uma ou mais das seguintes etapas dos sistemas integrados da exploração de minério de ferro: jazidas minerais, depósitos de minério, minas, ferrovias, portos e terminais marítimos; f) qualquer modificação dos direitos atribuídos às espécies e classes das ações da Companhia; g) qualquer modificação de quaisquer dos direitos atribuídos pelo Estatuto Social à ação preferencial de classe especial. (Informação disponível no site: <http://www.cvrld.com.br/t_general_content.asp?pag_cod_id=111&are_id=130&cti_cod_id=317&idm_cod_id=9>. Acesso em 13.07.2004).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações feitas ao longo deste trabalho expressam algumas conclusões que podem ser assim sintetizadas:

1. A investigação dos conceitos de "público" e "privado" constitui o necessário ponto de partida para a reflexão acerca do papel do Estado e dos particulares na economia. Segundo Hannah Arendt, apenas na antigüidade as esferas pública e privada apresentavam fronteiras bem demarcadas. A esse tempo, o "econômico" circunscrevia-se ao âmbito *privativo* da família e o prévio equacionamento das questões a ele inerentes era condição para que o homem pudesse se ocupar da política, entendida esta como a atividade *pública* por excelência, desenvolvida na *polis* entre homens livres e iguais. Todavia, a distância entre ambas estreitou-se e quase desapareceu a partir do momento em que o debate dos assuntos econômicos passou a ser admitido "em praça pública" ou, mais exatamente, quando a economia tornou-se objeto da política. O reino da necessidade transpôs, assim, os limites da *família* para abranger uma *rede de famílias* – a sociedade – e, nesse ambiente, o Estado emerge como elemento vocacionado a compor os interesses que afloram dessa transposição, estabelecendo novos parâmetros entre o "público" e o "privado". O "público" passa então a ser compreendido na esfera de poder e atuação do ente estatal, enquanto o privado restringe-se ao raio de ação dos indivíduos e às relações que estes estabelecem entre si. Na atualidade, contudo, não se compreende o espaço público como monopólio do Estado, porquanto crescente a participação de particulares em atividades antes consideradas tipicamente estatais. Da mesma forma, por agregar interesses que ultrapassam a mera expectativa de satisfação dos agentes responsáveis pela sua realização, a produção de bens e

serviços para o atendimento de *necessidades* não mais pode ser considerada uma atividade estritamente privada, na qual o Estado não pode se imiscuir, direta ou indiretamente. Com efeito, política e economia traduzem hoje conceitos diretamente imbricados, identificando-se na atividade econômica, portanto, um interesse *público* que justifica a "economização" da política, ao mesmo tempo em que fundamenta a "publicização" da economia.

2. No capitalismo, as atividades econômicas podem ser exploradas tanto pelo Estado quanto pelos particulares, muito embora a estes últimos seja reconhecida a primazia na sua exploração. Não obstante isso, a iniciativa pública afigura-se essencial para a manutenção do sistema capitalista, na medida em que garante as condições para acumulação do capital e promove a sua legitimação. Mas isso não quer necessariamente significar que a intervenção estatal na economia ocorra sempre em favor da classe capitalista. Ao contrário, o Estado age para proteger o capitalismo, muitas vezes dos próprios capitalistas. As razões que levam o ente estatal a atuar, direta ou indiretamente, para a preservação do sistema ainda são controvertidas, dividindo-se a doutrina entre os que acreditam que esta atuação decorre do fato de o *governo* ser formado por pessoas portadoras dos mesmos valores dos capitalistas e aqueles que entendem que o capitalismo articula-se de forma a vincular qualquer governante, independentemente de sua vontade política ou sua inclinação ideológica. De certo mesmo é o fato de que a adesão de um governo ao capitalismo resulta, sobretudo, de uma opção normativa, de ordinário estampada no corpo da própria Constituição.
3. A dificuldade de se delimitar o campo de ação do Estado e dos particulares na economia repercute na definição de serviço público e produção de mercado. Definir serviço público, aliás, é ainda hoje um desafio para a doutrina, inclusive porque a sua concepção varia no

tempo e no espaço. No entanto, apesar da dissensão que se estabelece entre os que vêem na "necessidade coletiva" o núcleo de sua existência (*essencialistas*) e os que defendem ser a sua definição fruto apenas de política legislativa (*convencionalistas-legalistas*), pode-se observar um elemento comum que perpassa ambas as correntes – a referência à Constituição –, seja como fonte, seja como limite, para a identificação das atividades econômicas que se qualificam como serviço público. De todo o modo, independentemente dos critérios que sejam utilizados para se determinar a noção de serviço público, é assente que essa determinação define, por exclusão, o campo das atividades econômicas em sentido estrito cuja exploração é reservada aos particulares. Excepcionalmente, porém, o Estado pode explorar ditas atividades econômicas, em concorrência com a iniciativa privada (*produção de mercado*), nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, ou em regime de monopólio, de conformidade com o artigo 177 da mesma Carta Constitucional.

4. A produção de bens e serviços para o mercado (*produção de mercado*) constitui a atividade peculiar da empresa privada, a qual, hodiernamente, é considerada o principal agente propulsor da economia capitalista. Apesar da "teoria da empresa" não ser "nova" na doutrina pátria, somente com o Código Civil de 2002 a empresa recebeu da legislação brasileira um tratamento sistematizado. Com clara inspiração no *Codice Civile* italiano, esse novel estatuto jurídico não expressa o conceito de empresa, mas disciplina esse fenômeno segundo os perfis subjetivo (o empresário), objetivo (o estabelecimento) e funcional (a atividade empresarial) enunciados por Alberto Asquini.
5. A passagem do comerciante para o empresário, efetivada com o advento do novo Código Civil, não traduz uma mudança meramente terminológica, mas marca a transposição em direção a uma nova

ideologia para o ordenamento jurídico infraconstitucional – a proscrição definitiva de uma figura egoísta, que explora uma atividade econômica guiada apenas pelo seu próprio interesse, e a sua substituição por outra que o faz buscando compatibilizar as suas aspirações pessoais com os interesses dos demais agentes envolvidos nessa exploração. Esta é, aliás, a concepção que deflui da *função social* da empresa, consagrada no artigo 170, III da Constituição Federal. Como princípio constitucional, a *função social* expressa um conteúdo ativo, consistente na obrigação de ser a atividade empresarial desenvolvida não só *sem* prejuízo, mas *com* benefícios para a coletividade. A exata dimensão desse conteúdo, entretanto, é de difícil aferição e, por isso, não raras vezes toma-se a *função social* como sinônimo de uma prática empresarial hoje bastante difundida – a *responsabilidade social*. Em comum, *função social* e *responsabilidade social* têm a concepção altruísta do agir em proveito do bem-estar coletivo. Porém, as semelhanças param por aí. A *função social* consubstancia um comando imposto pelo Estado, através de normas infraconstitucionais que lhe conferem densificação; a *responsabilidade social* conota uma estratégia empresarial, comumente adotada por pressões de mercado, mas sempre baseada na ação livre de qualquer imposição estatal.

6. Uma vez delineadas em lei, as ações que concretizam a *função social* da empresa assumem caráter coercitivo, sendo exigidas de seus destinatários independentemente das vantagens ou desvantagens econômicas que possam advir de sua implementação. As ações de *responsabilidade social*, por seu turno, inserem-se no bojo do planejamento empresarial e, por isso mesmo, não só não contrastam com a perspectiva de lucro da empresa, como, em muitos casos, favorecem o aumento da sua rentabilidade. Aliás, é natural que assim seja, porquanto a lucratividade das empresas privadas, quando não

resultante de abuso de poder econômico, constitui pretensão legítima, garantida, inclusive, pelo ordenamento constitucional brasileiro.

7. Sob condições especiais, o Estado pode intervir diretamente no domínio econômico reservado à empresa privada, produzindo bens e serviços para o mercado. De acordo com o artigo 173 da Constituição Federal, somente a presença de *relevante interesse coletivo* ou dos *imperativos da segurança nacional* autoriza a criação de empresas estatais com tal finalidade. No entanto, as situações fáticas passíveis de serem emolduradas em um e outro caso haverão de ser definidas em lei, mais exatamente em dois distintos níveis legislativos.⁴⁷³ Primeiramente, caberá à lei complementar *genérica* dispor sobre os critérios que deverão nortear o reconhecimento dessas situações, até mesmo com vistas a delimitar as áreas de atuação do Estado empresário. Em momento posterior, incumbirá à lei ordinária *específica* autorizar a criação de empresa estatal, enunciando então as circunstâncias fáticas que, casuisticamente, enquadram-se em um dos pressupostos constitucionais que legitimam a atuação empresarial do Poder Público.
8. Sobreleva considerar que esta modalidade de intervenção estatal é tradicionalmente justificada pelas *falhas de mercado* ou, em outras palavras, pela necessidade de o Estado suprir eventual deficiência ou insuficiência da iniciativa privada na produção econômica de mercado. Neste aspecto, não obstante a possibilidade do Poder Público atuar sem concorrentes, a concorrência, ou pelo menos a viabilidade de sua concretização, revela-se essencial, já que somente se admite o monopólio nas situações expressamente previstas na Constituição Federal (art. 177).

⁴⁷³Cf. artigo 37, XIX da Constituição Federal.

9. Os entes políticos, de todos os níveis da federação, podem explorar atividades econômicas de mercado através de sociedades de economia mista e de empresas públicas cuja criação pressupõe prévia autorização legislativa. As primeiras, sociedades de economia mista, caracterizam-se pela coexistência de recursos público e privado na composição de seu capital, bem como pelo efetivo poder de controle exercido pelo ente estatal. Devem, obrigatoriamente, adotar a forma de sociedades anônimas, sendo assim reguladas pela Lei n.º 6.404/76. De sua parte, as empresas públicas não estão jungidas a um tipo societário específico, podendo revestir-se de quaisquer das formas empresariais existentes no ordenamento jurídico. Os recursos aportados ao seu capital são, exclusivamente, públicos, podendo advir não só do ente estatal instituidor, mas também de outros entes da administração pública, direta ou indireta, que eventualmente venham a participar da sociedade.
10. A participação direta do Estado na economia pode também se operar através de sociedades controladas por empresas públicas ou por sociedades de economia mista, as chamadas *subsidiárias*. A exemplo de suas matrizes, estas entidades integram a administração pública indireta, sendo a autorização legislativa, igualmente, a condição necessária para sua criação. Anote-se, entretanto, que não é preciso uma lei específica para se instituir *cada* uma dessas *sociedades controladas*, bastando para tanto que a sua instituição haja sido prevista genericamente nas leis que autorizaram a criação das respectivas *sociedades controladoras*.
11. Além das sociedades de economia mista, das empresas públicas e suas subsidiárias, há sociedades que, apesar de controladas pelo Poder Público, não se classificam em nenhuma dessas categorias. São entidades criadas ou assumidas pelo Estado sem prévia autorização

legislativa e que, por isso, não se identificam com os demais entes da administração pública indireta. Esta circunstância, porém, não as liberta totalmente dos controles e sujeições peculiares às empresas estatais, inclusive porque a Constituição Federal, em diversas passagens, trata de atribuir-lhes tratamento assemelhado.

12. Qualquer que seja a forma empresarial escolhida, a atividade estatal voltada à produção de bens e serviços para o mercado deverá ser desenvolvida sob a regência de normas de direito privado. Saliente-se que este regramento constitucional tem dúplice sentido – de um lado, protege os particulares da concorrência desleal do Estado empresário e, de outro, permite que este último atue com o mínimo de desenvoltura e flexibilidade exigido nas relações negociais. Assim, quando se lança ao mercado investido na condição de empresário, o Estado o faz despido de suas prerrogativas, devendo respeitar o "regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários".⁴⁷⁴
13. Entretanto, dizer que as empresas estatais devem se sujeitar "ao regime próprio das empresas privadas" não significa afirmar a absoluta equiparação entre umas e outras. A própria Carta Constitucional cuida de estabelecer a necessária distinção quando, em diversos dispositivos, derroga parcialmente o direito comum, submetendo as empresas do Estado às exigências típicas da administração pública como, por exemplo, a observância de licitação e dos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Ademais, ao contrário das empresas privadas, que são legitimadas a eleger o lucro como objetivo prioritário de suas ações, as empresas estatais devem encaminhar suas atividades, primordialmente, ao atendimento dos fins

⁴⁷⁴Cf. art. 173, § 1.º, II da CF/88.

públicos que justificam a sua existência (*relevante interesse coletivo* ou *imperativos da segurança nacional*).

14. Todavia, a rentabilidade desses entes não pode ser negligenciada, até porque o dinheiro público envolvido reclama dos dirigentes estatais absoluta responsabilidade na gestão do empreendimento. E, no caso específico das sociedades de economia mista, este cuidado com relação à rentabilidade torna-se ainda mais evidente, na medida em que o Estado também não pode descuidar dos interesses dos acionistas privados. A propósito, a preocupação com o desempenho econômico das empresas estatais impõe-se até mesmo nos empreendimentos que, objetivamente, não possuem viabilidade lucrativa, pois o que se espera do Estado empresário é o atendimento do *relevante interesse coletivo* e dos *imperativos da segurança nacional*, ao *menor custo econômico possível*. Esta é a exata medida da sua eficiência.
15. Importa frisar que as empresas estatais brasileiras desempenharam papel decisivo na implementação da política nacionalista de substituição das importações, iniciada no País na década de 30. Mais do que uma ideologia estatizante, foi principalmente a reduzida capacidade de investimento da iniciativa privada nacional que levou o Estado a conduzir diretamente o processo de industrialização no Brasil. Porém, o uso desmedido, e não poucas vezes equivocado, das empresas estatais como instrumentos de política econômica solapou a hígidez financeira dessas entidades, que, assim, de *alavancas* do desenvolvimento passaram à condição de *pesos mortos* da combalida economia nacional.
16. A exemplo do que ocorreu em outros Estados latino-americanos, essa conjuntura econômica desfavorável contribuiu sobremaneira para que o País aderisse à *onda privatista* que começou a se alastrar pelo mundo a partir da década de 80. Nos anos 90, o processo de retirada do Estado da economia brasileira se intensificou, tendo sido as principais

empresas estatais que exploram atividades de mercado as primeiras a serem privatizadas. Não obstante a duvidosa eficácia das privatizações para solucionar os problemas fiscais do Estado, nesse tema também é o pragmatismo, mais que a ideologia, que costuma nortear as decisões governamentais.

17. No entanto, não se pode inferir daí que a privatização, entendida em sua acepção restrita de alienação do controle de empresas estatais ao setor privado, esteja adstrita à observância de critérios exclusivamente econômicos. Tal como ocorre com a criação dessas entidades, o ordenamento jurídico fornece os parâmetros necessários para se avaliar a legitimidade da decisão que determina o desaparecimento do seu *status governamental*. Nesse sentido, o mesmo artigo 173 da Constituição Federal que justifica a presença direta do Estado na economia, quando presentes o *relevante interesse coletivo* ou os *imperativos da segurança nacional*, exige o seu afastamento quando ausentes estes pressupostos, devendo o desempenho financeiro da empresa estatal ser considerado um dado secundário e, portanto, não determinante dessa decisão. Por mais imperiosas que possam parecer, as motivações econômicas casuístas não podem se sobrepor àquilo que foi livremente debatido e pactuado no espaço público do parlamento constituinte.
18. A privatização faz desaparecer a empresa estatal e surgir em seu lugar uma empresa genuinamente privada, sendo este um fator que deve ser sopesado na decisão de privatizar. Destituído do poder de controle, caberá ao Estado exercer seu poder normativo e regulatório para assegurar, agora indiretamente, que a empresa privatizada continue a cumprir a sua *função social*. Para tanto, poderá dispor de *normas de direção*, estatuidando obrigações de fazer, a bem da coletividade. Poderá também substituir a ordem pelo incentivo, por meio das chamadas *normas de indução* positivas. Por fim, poderá o Estado exercer

temporariamente o controle societário indireto da empresa privatizada, por via da *golden share*. Com referência às empresas que exploram atividades de mercado, esse controle excepcional se justifica apenas na fase de transição da empresa estatal para a empresa privada, podendo ser considerado, assim, uma etapa do processo de privatização.

19. Em resumo, o ordenamento constitucional brasileiro manifesta inequívoca adesão ao sistema capitalista e, ao fazê-lo, põe em destaque o agente econômico privado, atribuindo-lhe a primazia na produção de bens e serviços para o mercado. Eis, por conseguinte, o limite primeiro da atuação empresarial do Estado neste específico campo da economia. Em tal contexto, a empresa privada e a empresa estatal dividem o mesmo espaço, adotam semelhantes estruturas e sujeitam-se ao mesmo regime jurídico, sendo, porém, diversa a vocação de cada qual. Enquanto a primeira é constituída para atuar como agente propulsor do capitalismo, a segunda é criada com o fito de assegurar a preservação desse sistema. A empresa privada atua por regra, a empresa estatal por exceção. Efetivamente, essa é a realidade que não pode ser olvidada na aferição da legitimidade do Estado, tanto para intervir diretamente no domínio econômico como para retirar-se dele.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Curso de direito comercial**. 2.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. v.1.

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social e serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Fernando Antonio Galvão de; FIORAVANTE, Moacyr Antonio. O papel das empresas estatais. In: FIORAVANTE, Moacyr; FARIA, Lauro Vieira de (Orgs.). **A última década**: ensaios da FGV sobre o desenvolvimento brasileiro nos anos 90. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

ALMEIDA, Pedro Washington de; ALMEIDA, Eduardo. **1.º Anuário de responsabilidade social – Paraná**: iniciativas que apontam soluções para o futuro. Curitiba: Paranapress, 2003.

ALVES, Marcio Moreira. **Brava gente brasileira**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

AMARAL FILHO, Marcos Jordão Teixeira do. **Privatização no estado contemporâneo**. São Paulo: Ícone, 1996.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 10.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARENDT, Hannah. **O que é política?**: fragmentos das obras póstumas compilados por Ursula Ludz. Tradução: Reinaldo Guarany. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo; MICHELAN, Taís Cristina de Camargo. Novos enfoques da função social da empresa numa economia globalizada. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.157-161, jan./mar. 2000.

ARNT, Ricardo. Questão de coerência. **Revista Exame**, São Paulo, ano 37, ed. 791, n.9, p.74-76, 7 maio 2003.

ASCARELLI, Tullio. O desenvolvimento histórico do Direito Comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.114, p.237-252, abr./jun. 1999.

ASHLEY, Patrícia et al. **Ética e responsabilidade social nos negócios**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.104, p.109-126, out./dez. 1996.

ATALIBA, Geraldo. Empresa estatal delegada de serviço público tem superávit ou déficit (não é devedora da contribuição social sobre o lucro). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.200, p.348-362, abr./jun. 1995.

BAER, Werner. **A economia brasileira**. São Paulo: Nobel, 1996.

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

BARROSO, Luís Roberto. Intervenção no domínio econômico – sociedade de economia mista – abuso do poder econômico. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.212, p.303-323, abr./jun. 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 4.ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.226, p.187-212, out./dez. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988. v.7.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. (Coord.). **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**: teoria geral do direito comercial, direito societário. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.1.

BESSA, Fabiane Lopes Bueno Netto. **Responsabilidade social das empresas**: práticas sociais e regulação jurídica. Curitiba, 2003. 292 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BIELSCHOWSKY, Ricardo. **Pensamento econômico brasileiro**: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo. 3.ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

BIONDI, Aloysio. **O Brasil privatizado**: um balanço do desmonte do Estado. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2003.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Privatização**: a experiência da BNDESPAR 1987-1989. Rio de Janeiro, 1992.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL. **Privatização no Brasil 1990-1994 1995-2002**. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/Priv_Gov.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2004.

BOEKER, Paul H. Abertura econômica da América Latina e a redescoberta do investimento externo. In: _____. **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

BORBA, José Edwaldo Tavares Borba. **Direito societário**. 8.ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BORGES, Alice Gonzalez. O estatuto jurídico das empresas estatais na Emenda Constitucional n.º 19/98. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.217, p.1-12, jul./set. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. **Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 16 de dezembro de 1971.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as Sociedades por Ações**. Diário Oficial, Brasília, suplemento, 17 de dezembro de 1976.

BRASIL. Lei 8.031, de 12 de abril de 1990. **Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 13 de abril de 1990.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 22 de junho de 1993, republicada em 6 de julho de 1994.

BRASIL. Lei 9.491, de 9 de setembro de 1997. **Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990 e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 10 de setembro de 1997, republicada em 11 de setembro de 1997.

BRASIL. Lei 9.841, de 5 de outubro de 1999. *Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal*. Diário Oficial, Brasília, 6 de outubro de 1999.

BRASIL. Lei 10.303, de 31 de outubro de 2001. **Altera e acrescenta dispositivos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Diário Oficial, Brasília, 1 de outubro de 2001.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL. Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941. **Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública**. Diário Oficial, Brasília, 18 de julho de 1941.

BRASIL. Decreto-lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. **Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 27 de março de 1967, suplemento, retificado em 8 de março de 1967 e retificado em 30 de março de 1967 e retificado em 17 de julho de 1967.

BRASIL. Decreto-lei 856, de 11 de setembro de 1969. **Acrescenta o § 3º ao artigo 2º do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Diário Oficial, Brasília, 12 de setembro de 1969.

BRASIL. Decreto-lei 900, de 29 de setembro de 1969. **Altera disposições do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967, e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, 30 de setembro de 1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Competência do Município para os assuntos de seu interesse: art. 30, I da Constituição Federal**. Recurso Extraordinário nº 174.645, de São Paulo. Município de São Paulo *versus* Raia e Cia Ltda. Relator: Min. Maurício Corrêa. Acórdão de 17 de novembro de 1997. Diário da Justiça da União de 27 de fevereiro de 1998, p. 18.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **A fixação de horário de funcionamento para o comércio dentro da área municipal pode ser feita por lei local, visando o interesse do consumidor e evitando a dominação do mercado por oligopólio**. Recurso Extraordinário nº 274.028, de São Paulo. Município de São Paulo *versus* Drogaria da Saúde de São Judas Tadeu Ltda. Relator: Min. Moreira Alves. Acórdão de 05 de junho de 2001. Diário da Justiça da União de 10 de outubro de 2001, p. 21.

BRITTO, Carlos Ayres. A privatização das empresas, à luz da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.12, p.125-133, 1995.

BRUM, Argemiro J. **O desenvolvimento econômico brasileiro**. 9.ed. rev. e atual. Petrópolis: Vozes, 1990.

BULGARELLI, Waldírio. **A teoria jurídica da empresa**: análise jurídica da empresarialidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

BULHÕES, Octávio Gouvêa de. **Dois conceitos de lucro**. Rio de Janeiro: APEC, 1969.

CAETANO, Marcello. **Manual de direito administrativo**. 10.ed. rev. e actual. pelo Prof. Dr. Diogo Freitas do Amaral. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. Tomo 2.

CAMAROTTI, Ilka; SPINK, Peter. **O que as empresas podem fazer pela erradicação da pobreza**. São Paulo: Instituto Ethos, 2003.

- CÁNEPA, Eugênio Miguel. Economia do meio ambiente e dos recursos naturais. In: SOUZA, Nali de Jesus (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v.1.
- CANOVAN, Margareth. **Hannah Arendt**: a reinterpretation of her political thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.
- CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. **O declínio da esfera pública no pensamento de Hannah Arendt**. Brasília, 2003, 130 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de Brasília.
- CARRIO, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971.
- CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com modificações das Leis n.º 9.457, de 5 de maio de 1997, e n.º 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CARVALHOSA, Modesto; EIRIZIK, Nelson. **A nova lei das sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. 4.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.
- CASTORIADIS, Cornelius. **As encruzilhadas do labirinto/2**: os domínios do homem. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CATANI, Afrânio Mendes. **O que é capitalismo?** 22.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- CHIRILLO, Eduardo J. Rodríguez. **Privatizacion de la empresa publica y post privatizacion**: analisis juridico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- CLARK, Giovani. **O município em face do direito econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 7.ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.
- COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. 3.ed. rev. atual. e cor. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. **Direito público**: estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.732, p.38-46, out. 1996.

CORREIA, Adriano. O desafio moderno: Hannah Arendt e a sociedade de consumo. In: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). **Hannah Arendt**: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

CUÉLLAR, Leila. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2001.

DALLARI, Adilson de Abreu. Licitações nas empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.229, p.69-85, jul./set. 2002.

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

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DROMI, Roberto. **Empresas públicas**: de estatais a privadas. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.

DUARTE, Gleuso Damasceno; DIAS, José Maria A. M. **Responsabilidade social**: a empresa hoje. Rio de Janeiro; São Paulo: LTC, 1986.

DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWECK, Ruth Helena. O movimento de privatização dos anos oitenta: reais motivos. **Nova Economia**: Revista do Departamento de Ciências Econômicas da UFMG. Belo Horizonte, v.10, n.2, p.145-170, dez. 2000.

FABIÃO, Maurício França. O negócio da ética: um estudo sobre o terceiro setor empresarial. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.2.

FÉLIX, Luiz Fernando Fortes. O ciclo virtuoso do desenvolvimento responsável. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.2.

FERRARA, Francesco. **Teoria jurídica de la hacienda mercantil**. Traducción y concordâncias com em derecho español por Jose Maria Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1950.

FERRARESE, Maria Rosaria. **Diritto e mercato**: il caso degli Stati Uniti. Torino: G. Giappichelli, 1992.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Sérgio Andrea. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.136, p.1-33, abr./jun. 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia Vale. **Curso de direito administrativo**. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

FUSFELD, Daniel R. **A era do economista**. Tradução: Fábio D. Waltenberg. São Paulo: Saraiva, 2001.

GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GALGANO, Francesco. **Derecho comercial**: el empresario. Tradução de: Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999. v.1.

GARCIA, Bruno Gaspar. Responsabilidade social empresarial e sociedade civil: o caso do Instituto Ethos. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

GASTALDI, J. Petrelli. **Elementos de economia política**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GASTALDI, J. Petrelli. **O lucro**: sua legitimidade e limitação. Curitiba: Guaíra, [194?].

GIDDENS, Antony. **A terceira via**: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da democracia. São Paulo: Record, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Manual de direito comercial**. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2000.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. **Lições de direito societário**: regime vigente e inovações do novo código civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Lucratividade e função social nas empresas sob controle do estado. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.55, p.35-59, jul./set. 1984.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Teoria dos serviços públicos e sua transformação. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

HABERMAS, Jürgen. O conceito de poder em Hannah Arendt. In: FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (Org.). **Habermas**. 3.ed. São Paulo: Ática, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **A crise de legitimação no capitalismo tardio**. 3.ed. Tradução: Vamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

HACHETTE, Dominique; LUDERS, Rolf. A aceleração do ritmo da privatização na América Latina. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina**: privatização, investimento estrangeiro e crescimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14.ed. São Paulo: Atlas, 1984.

IANNI, Octávio. **Estado e planejamento econômico no Brasil**. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 8.ed. São Paulo: Dialética, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Empresa, ordem econômica e constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.224, p.323-347, abr./jun. 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KEANE, John. Introdução. In: OFFE, Claus. **Contradictions of the Welfare State**. Tradução: Antonio Escohotado. Madri: Alianza Editorial, 1990.

LAFER, Celso. **Hannah Arendt**: pensamento, persuasão e poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

LAZZARINI, Álvaro. **Temas de direito administrativo**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Direito comercial**: textos e pretextos. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A disciplina do direito de empresa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.128, p.7-14, out./dez. 2002.

LEBRUN, Gérard. **Passeios ao léu**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LIBERMAN, Ira W. **Privatization in Latin America and Eastern Europe in the Context of Political and Economic Reform**. Trabalho apresentado no seminário sobre liberalização, integração e privatização, realizado na Lehigh University, em 18 de março de 1993. Disponível em: <<http://www.worldbank.org/wbi/publicfinance/publicresources/Latin&Europe.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2004.

LIMA, Marirone Carvalho. Responsabilidade social: apoio das empresas privadas brasileiras à comunidade e os desafios da parceria entre elas e o terceiro setor. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MAIA, Alexandre da. **Ontologia jurídica**: o problema de sua fixação teórica (com relação ao garantismo jurídico). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MANDEL, Ernest. **O capitalismo tardio**. Tradução: Carlos Eduardo Silveira Matos, Regis de Castro Andrade e Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MARTINS, Luciano. **Estado capitalista e burocracia no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política. 6.ed.. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. v.4. . Livro Terceiro. O processo global da produção capitalista.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16.ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 16.ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades de economia mista, empresas públicas e o regime de direito público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.13. abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 13 maio 2004.

MERCADO, Pedro Pacheco. **El analisis economico del derecho**: una reconstruccion teorica. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.31, p.47-55, 2000.

MONCADA, Luís S. Cabral. **Direito económico**. 2.ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Eduardo Jardim de. Hannah Arendt: filosofia e política. In: MORAES, Eduardo Jardim de; BIGNOTTO, Newton (Org.). **Hannah Arendt**: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001.

MORAES, José Diniz de. **A função social da propriedade e a constituição federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA, Vital. Os serviços públicos tradicionais sob o impacto da União Européia. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 1, n.1, p.227-228, abr./jun. 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MUKAI, Toshio. **A administração pública na constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MUNIZ, Alvaro A. Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1972.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NUNES, A. J. Avelãs. **Do capitalismo e do socialismo**. Coimbra: Atlântia, 1972.

OFFE, Claus. **Contradiciones en el Estado del bienestar**. Trad. Antonio Escohotado. Madri: Alianza Editorial, 1990.

ORCHIS, Marcelo A.; YUNG, Maurício T.; MORALES, Santiago C. Impactos da responsabilidade social nos objetivos e estratégias empresariais. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas: a contribuição das universidades**. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003.

ORME JR., William A. A aceleração do Ritmo da Privatização na América Latina. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Zahar, 1995.

ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. Com la colaboración de Juan Miguel de La Cuétera e Lucía López de Castro García – Morato. Granada: Fundación de Estudios de Regulación-Comares, 1999.

PELEGRINO, Carlos Roberto. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.83. jul./set. 1987. Seminário realizado no dia 9.3.87, pela Associação dos Dirigentes de Empresas Públicas.

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

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill. Entre o estado e o mercado: o público não-estatal. In: _____. **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; GRAU, Nuria Cunill (Org.). **O público não-estatal na reforma do Estado**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

PEREIRA, Tadeu Pereira. **Regime(s) jurídico(s) das empresas estatais que exploram atividade econômica**. Porto Alegre: Síntese, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. Privatização no Brasil: por quê? Até onde? Até quando? In: GIAMBIAGI, Fábio; MOREIRA, Maurício Mesquita (Org.). **A economia brasileira nos anos 90**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

PINHEIRO, Armando Castelar; GIAMBIAGI, Fábio. Os antecedentes macroeconômicos e a estrutura institucional da privatização no Brasil. In: PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kuchiro (Org.). **A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública**. Rio de Janeiro: BNDES, 1999.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas emprêsas públicas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.146. p.9-17, mar./abr. 1953.

PRADO, Sérgio. Aspectos federativos do investimento estatal. In: AFFONSO, Rui de Britto Álvares; SILVA, Pedro Luiz Barros (Org.) **Empresas estatais e federação**. São Paulo: Fundap, 1996.

PRZEWORKSKY, Adam. **Capitalismo e social-democracia**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

PRZEWORKSKY, Adam. **Estado e economia no capitalismo**. Tradução: Argelina Cheibub Figueiredo e Pedro Paulo Zahluth Bastos. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.

RAMAMURTI, Ravi. A privatização como remédio para empresas estatais. In: BOEKER, Paul H. (Org.). **Transformações na América Latina: privatização, investimento estrangeiro e crescimento**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

REALE JR., Miguel; AZEVEDO, David Teixeira. A ordem econômica na constituição. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.12, p.134-142, 1995.

REDI, Maria Fernanda de Medeiros. Sociedades de economia mista e lucratividade – Instituto de Resseguros do Brasil – IRB: um exemplo real. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n.33, p.185-206, 2001.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

REZENDE, Fernando. O crescimento (descontrolado) da intervenção governamental na economia brasileira. In: SEMINÁRIO SOBRE PLANEJAMENTO E CONTROLE DO SETOR DE EMPRESAS ESTATAIS: CASOS NACIONAIS. Brasília: Ipea-Nações Unidas, 1983.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Sociedade de economia mista e empresa privada: estrutura e Função**. Curitiba: Juruá, 1999.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. A privatização das empresas estatais. **Revista Direito Federal**, Niterói, v.17, n.59, p.423-437, out./dez. 1998.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. 34.ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

SADER, Emir. **Estado e política em MARX: para uma crítica da filosofia política**. São Paulo: Cortez, 1993.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2.ed. reformul. São Paulo: Malheiros, 2002.

SARFERT, Thereza Maria. Técnicas de privatização. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.184-278, jan./mar. 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Ensaio sobre o conteúdo jurídico do princípio da lucratividade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.224, p.323-347, abr./jun. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

SOUTO, Marcos Juruena Villela; MARSHALL, Carla (Coord.). **Direito empresarial público**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2002.

SOUZA, Nali de Jesus de (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito econômico**. São Paulo: Saraiva, 1980.

SPOHR, Paulo Alexandre. Contabilidade social. In: SOUZA, Nali de Jesus (Coord.). **Introdução à economia**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

STARR, Paul. The meaning of privatization. In: KAMERMAN, Sheila B.; KAHN, Alfred J. (Org.). **Privatization and the Welfare State**. New Jersey: Princenton University Press, 1989.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. A administração pública na era do direito global. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In: DALLARI, Adilson Abreu; FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coords.). **Temas de direito urbanístico – 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. Entidades administrativas e noção de lucro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.6, p.263-268, abr./jun. 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: _____. **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SWEEZY, P. M. **Teoria do desenvolvimento capitalista**: princípios de economia política marxista. Tradução de: Waltensir Dutra. 5.ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

SZTAJN, Rachel. A responsabilidade social das companhias. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.114, p.34-50, abr./jun. 1999.

SZTAJN, Rachel. Notas sobre privatização. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.117, p.98-111, jan./mar. 2000.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa**: atividade empresária e mercados. São Paulo: Atlas, 2004.

TÁCITO, Caio. Empresas estatais: participação em empresas com sede no exterior. Inexigibilidade de autorização legislativa. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo. n.6, p.259-262, abr./jun. 1994.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada: o exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.202, p.1-10, out./dez. 1995.

TOKARS, Fábio Leandro. Função social da empresa. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira. **Direito civil constitucional**: situações patrimoniais. Curitiba: Juruá, 2002.

TOLDO, Mariesa. Responsabilidade social empresarial. In: GARCIA, Bruno Gaspar et al. **Responsabilidade social das empresas**: a contribuição das universidades. São Paulo: Peirópolis: Instituto Ethos, 2003. v.1.

VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

WALD, Arnaldo. As sociedades de economia mista e a nova lei das sociedades anônimas. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.268. p.395-404, out./dez. 1979.

WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o código civil. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v.57, p.22-39, out./dez. 2003.

WERNECK, Arnaldo de Oliveira. As atividades empresariais do Governo Federal no Brasil. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v.23. n.3, p.89-110, jul./set. 1969.

WERNECK, Rogério L. F. **Empresas estatais e política macroeconômica**. Rio de Janeiro: Campus, 1987.

YAZBEK, Otávio. Privatização e relação entre interesses públicos primários e secundários – as alterações na legislação societária brasileira. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n.120, p.100-110, out./dez. 2000.