



UNIVERSIDADE GAMA FILHO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ÁLVARO BRAGA LOURENÇO

## O PODER DE CONTROLE NAS EMPRESAS ESTATAIS

Área de Concentração: “*Direito e Economia*”

Dissertação de Mestrado

Rio de Janeiro - 2006

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF**

**ÁLVARO BRAGA LOURENÇO**

## **O PODER DE CONTROLE NAS EMPRESAS ESTATAIS**

Dissertação de Mestrado apresentada na Universidade Gama Filho – UGF como parte dos requisitos para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:      **Professor      FRANCISCO  
MAURO DIAS**

O(A) autor(a), abaixo assinado(a), **autoriza** as Bibliotecas da Universidade Gama Filho a reproduzir este trabalho para fins acadêmicos, de acordo com as determinações da legislação sobre direito autoral, n(s) seguintes(s) formato(s)

( **X** ) Fotocópia

( **X** ) Meio digital

Assinatura do autor: \_\_\_\_\_

**Dedico esta obra à minha família que sempre me apoiou em tudo.**

## **AGRADECIMENTOS**

Gostaria de deixar meu profundo agradecimento a certas pessoas com quem tenho tido contato profissional, acadêmico e pessoal, cuja colaboração foi essencial para a elaboração desta dissertação. Agradeço primeiramente ao estimado professor Francisco Mauro Dias, administrativista de renome no meio jurídico nacional e que, apesar disto, não deixa de manter o caráter amigável, sempre receptível e cordial. Sinto-me privilegiado pela oportunidade do convívio como seu aluno na época de graduação da Faculdade de Direito e pela honra de poder reencontrá-lo, agora como orientador, no curso de mestrado. Não poderia deixar de registrar a contribuição inestimável do professor Marcos Juruena Villela Souto, outro administrativista que mostra a força do Rio de Janeiro nesta área do Direito, que me incentivou continuamente no meio acadêmico e a quem sou imensamente grato. Finalmente, gostaria de agradecer ao meu irmão Daniel, eterno companheiro, que me despertou para a necessidade de se rever um poder de controle diferente no âmbito da dominação do homem sobre as outras espécies; à minha mãe Ângela que ajudou a formar minhas convicções morais que repercutem diretamente no meu modo de pensar o Direito; ao meu pai Evandro que tenho como modelo de advogado e cujos passos sempre procurarei seguir. Todos membros desta família que é exemplo para outras instituições que pretendem conciliar harmonicamente os interesses envolvidos.

## RESUMO

Trata-se de dissertação de mestrado apresentada à Universidade Gama Filho, na concentração Direito e Economia, em que se analisa o contorno jurídico do exercício do poder de controle por parte do Estado sobre as suas empresas. A empresa estatal, como manifestação da intervenção do Estado na economia, exige que sejam identificados os interesses envolvidos para serem adequadamente ponderados. O exercício adequado do poder de controle é delineado a partir das modernas teorias societárias, sendo feita a correspondente adaptação para as empresas do Estado. Há especial preocupação com o tema da politização como fenômeno interferente na condução do poder de controle. Aborda-se, ainda, a correlação com questões levantadas pela disciplina da Teoria da Justiça. Para a efetividade dos fundamentos axiológicos é dedicada especial atenção ao funcionamento democrático dos órgãos da sociedade empresária estatal e ao papel crucial desempenhado pelos seus administradores, de modo a serem estabelecidos padrões de conduta condizentes com a natureza destas entidades. O interesse do importante grupo dos trabalhadores das empresas estatais mereceu atenção especial, tendo sido discutidas questões polêmicas em torno da sua repercussão no poder de controle estatal. São contemplados, ainda, os interesses extra-societários que exercem influência relevante na modulação do poder de controle estatal. Conclui-se com a análise da função social da empresa estatal, tomando como base as diretrizes principiológicas da Constituição federal de 1988 e os diversos interesses envolvidos, de maneira a juntos influenciarem no proporcional exercício do poder de controle por parte do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder de controle, Empresa Estatal, Estado-empresário, Estado-controlador, Direito Administrativo Empresarial

## **ABSTRACT**

This thesis was presented to the Gama Filho University in order to achieve the master degree in Law and Economy, in which it is analyzed the legal boundaries of the power of control exercised by the State on its companies. The State-owned company, as manifestation of the intervention of the State in the economy, demands that the involved interests are identified to be adequately weighed. The adequate exercise of that power is delineated from the modern corporate theories, being made the corresponding adaptation for the State-owned enterprises. The politization phenomenon and its interference in the conduction of the activities of the enterprise was a special concern. There was also correlation with questions raised by the Theory of Justice discipline. For the effectiveness of the fundamental principles appointed, special attention was given to the democratic functioning of the organs of the State-owned enterprise and to the crucial role played by its administrators, in order to set ideal standards of behavior linked to the nature of these entities. The interest of the important group of the workers of the State-owned companies deserved special attention, having been discussed questions that raise controversies about its repercussion in the power exercised by the State. The extra-enterprise interests also modulate the power of control. In conclusion, it is pointed out the social function of the State-owned company, taking as base the principles hosted by the federal Constitution of 1988 and the different interests involved which influence the proportional exercise of the power of control by the State.

**KEYWORDS:** Power of control, State-owned Enterprise, State-entrepreneur, State-controller, Administrative Law.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	viii
<b>CAPÍTULO 1 – O ESTADO EMPRESÁRIO</b> .....	<b>1</b>
1.1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA.....	1
1.1.1. INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA .....	6
1.2. AS SOCIEDADE EMPRESÁRIAS ESTATAIS.....	7
1.3. A IMPORTÂNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS E A SUA SUBMISSÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL .....	10
1.3.1.A EMPRESA ESTATAL COMO AGENTE ECONÔMICO SUJEITO AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	13
1.4. VINCULAÇÃO NA ESCOLHA DA FORMA JURÍDICA ADEQUADA.....	18
1.4.1.EMPRESAS ESTATAIS vs. EMPRESAS COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL	24
1.5. DIFERENTES GRAUS DE AUTONOMIA DAS EMPRESAS ESTATAIS .....	26
<b>CAPÍTULO 2 – O PODER DE CONTROLE NAS EMPRESAS DO ESTADO</b> .....	<b>30</b>
2.1. A DISSOCIAÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE E O CONTROLE DOS BENS DE PRODUÇÃO .....	30
2.2. O PODER DE CONTROLE E AS ESFERAS DE JUSTIÇA.....	33
2.3. A IMPORTÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA ESTATAL COMO LIMITADORA DO PODER DE CONTROLE .....	38
2.3.1. A COMPOSIÇÃO DOS ÓRGÃOS E INTERNALIZAÇÃO DOS INTERESSES NA EMPRESA ESTATAL .....	39
2.3.2. O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E O DIFERENCIAL PARA OS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS.....	43
2.4. O MITO DA SUPREMACIA INCONDICIONAL DO INTERESSE PÚBLICO...	48
2.5. A ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE .....	55
<b>CAPÍTULO 3 – O INTERESSE DOS EMPREGADOS COMO MODULADORES DO PODER DE CONTROLE</b> .....	<b>57</b>
3.1. CARGOS vs. EMPREGOS.....	57
3.2. EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E AUTÁRQUICA.....	60
3.3. O EMPREGADO NAS EMPRESAS ESTATAIS .....	63
3.4. SEMELHANÇAS ENTRE A POLITIZAÇÃO DO SERVIDOR E A POLITIZAÇÃO DA EMPRESA ESTATAL .....	65

3.5.	O CONCURSO PÚBLICO E OS EMPREGADOS DAS ESTATAIS .....	67
3.6.	O INTERESSE DOS EMPREGADOS E O EXERCÍCIO DO CONTRA-PODER POR MEIO DA GREVE .....	70
	3.6.1. GREVE E AS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO .....	71
	3.6.2. GREVE E AS ESTATAIS DEPENDENTES.....	71
3.7.	REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS .....	72
	3.7.1. TETO CONSTITUCIONAL .....	73
	3.7.2. PREMIAÇÕES AOS EMPREGADOS .....	75
3.8.	DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA.....	77
3.9.	O INTERESSE DOS EMPREGADOS NA COMPOSIÇÃO DO INTERESSE SOCIAL .....	79
	3.9.1. TEORIAS ACERCA DO CONFLITO DE INTERESSES.....	80
	3.9.2. O RISCO DE POLITIZAÇÃO .....	82
3.10.	A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE DOS EMPREGADOS PARA A MODULAÇÃO DO PODER DE CONTROLE ESTATAL .....	83
	<b>CAPÍTULO 4 – OUTROS INTERESSES MODULADORES DO .....</b>	<b>88</b>
	<b>PODER DE CONTROLE E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL.....</b>	<b>88</b>
4.1.	INTERESSES EXTRA-SOCIETÁRIOS .....	88
	4.1.1. INTERESSE DOS USUÁRIOS E CONSUMIDORES .....	89
	4.1.2. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE.....	92
	4.1.3. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA .....	95
4.2.	INTERESSES INTERNALIZÁVEIS E NÃO-INTERNALIZÁVEIS, MODULADORES DO PODER DE CONTROLE .....	96
4.3.	FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL .....	100
	4.3.1. A IDÉIA DE ‘FUNÇÃO’ .....	101
	4.3.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS .....	103
	4.3.3. A ESTRUTURA DA FUNÇÃO SOCIAL COMO PODER-DEVER.....	104
	4.3.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL COMO MODULADORA DO PODER DE CONTROLE .....	105
4.4.	RESPONSABILIDADE SOCIAL E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL .....	109
4.5.	A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL E A INFLUÊNCIA NO DIRECIONAMENTO DO PODER DE CONTROLE .....	113
	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>117</b>

## INTRODUÇÃO

*Ao modelar um governo para ser exercido por homens sobre homens, a maior dificuldade é esta: primeiro, é preciso aparelhar o governo para que controle os governados; o passo seguinte é fazê-lo controlar-se a si mesmo.*

James Madison, O Federalista.

A criação dos Estados tem originalmente a preocupação com a segurança dos seus cidadãos, mas, com o passar do tempo, as funções estatais se ampliam significativamente e passam a abarcar várias atividades nas quais a sua presença se torna cada vez mais necessária.

Multiplicam-se, assim, as intervenções estatais na economia que variam de intensidade, conforme uma escala progressiva cujos extremos são a intervenção leve, dita mínima ou indireta e, de outro lado, a intervenção mais incisiva, chamada de máxima ou direta que tem como uma de suas manifestações a atividade das empresas estatais.

A presente dissertação é fruto dos estudos efetuados no curso de mestrado da Universidade Gama Filho, na concentração de Direito e Economia, e trata justamente do poder de controle do Estado exercido no caso emblemático de intervenção governamental direta na economia materializada na atividade das *empresas estatais*.

O tema mostra-se oportuno no mundo jurídico nacional, especialmente em virtude do fenômeno da politização das empresas estatais que têm servido a interesses advindos da esfera política e sem freios por parte da órbita jurídica. Além disso, observa-se que não há vasta produção científica dedicada à análise do poder de controle do Estado nas empresas estatais, embora seja notória a presença do Estado-empresário na realidade econômica brasileira.

A problemática central quanto aos contornos jurídicos do exercício do poder de controle por parte do Estado sobre as suas empresas foi estruturada em quatro capítulos.

Na primeira parte, aborda-se a empresa estatal como manifestação da intervenção do Estado na economia e a sua submissão à ordem constitucional. As hipóteses que caracterizam o controle nas empresas públicas e sociedades de economia mista, assim como as conseqüências em relação às subsidiárias destas pessoas governamentais são analisadas em conjunto com o palpitante tema da politização como fenômeno interferente na condução do poder de controle.

O segundo capítulo cuida do exercício adequado do poder de controle, procurando explicá-lo em função das modernas teorias societárias e sendo feita a correspondente adaptação para as empresas do Estado. Aborda-se, ainda, a correlação com questões levantadas pela disciplina da Teoria da Justiça, em especial os estudos de MICHAEL WALZER que se moldam perfeitamente ao âmbito do estudo.

Para a efetividade dos fundamentos axiológicos é dedicada especial atenção ao funcionamento democrático dos órgãos da companhia e ao papel crucial desempenhado pelos administradores das empresas estatais, de modo a serem estabelecidos padrões de conduta condizentes com a natureza destas entidades.

O interesse do importante grupo dos colaboradores da empresa mereceu um capítulo destacado – capítulo 3 –, em que são discutidas questões polêmicas em torno da sua repercussão no poder de controle estatal.

No último capítulo são contemplados os interesses extra-societários que exercem influência relevante na modulação do poder de controle. Além disso, abre-se o debate acerca da função social da empresa estatal, tomando como base as diretrizes principiológicas da Constituição federal de 1988 e os diversos interesses envolvidos.

Nota-se, assim, que além do interesse do Poder Público que naturalmente estará presente em toda e qualquer sociedade da qual participe, há, ainda, outros interesses que devem ser observados para a formação de um vetor resultante em consonância com o sistema jurídico e com os anseios da sociedade.

Os capítulos levam em conta, portanto, o exercício do poder de controle do Estado em relação aos diversos interesses que tem na empresa estatal o seu habitat natural e mesmo aqueles que são afetados externamente pela sua atuação na esfera econômica.

Acionistas privados em uma Sociedade de Economia Mista, trabalhadores, consumidores, usuários e a comunidade onde atua a empresa estatal são exemplos de atores que possuem interesses diretos na atividade econômica desenvolvida e que podem, não raras vezes, conflitar com o interesse do Estado-controlador.

Cumprido salientar, ainda, a perspectiva metodológica adotada na dissertação reflete três recortes que são importantes delimitadores do tema: (i) temporal; (ii) espacial; (iii) material.

No que se refere ao **recorte temporal**, cumpre esclarecer que as questões levantadas têm como ponto de partida a Reforma Administrativa operada em 1998, materializada por meio da **Emenda Constitucional n.º 19/98** que introduziu importantes dispositivos na disciplina das empresas estatais no texto constitucional. Há uma abordagem prospectiva em virtude da abertura, ainda não preenchida pelo legislador infraconstitucional, que consiste na elaboração da lei que disciplinará o **estatuto das empresas estatais** (art. 173 §1º da Constituição federal de 1988).

O **recorte metodológico espacial** deve também ser apontado, pois foram levadas em consideração apenas o poder de controle exercido nas **empresas estatais federais**, embora não haja prejuízo em estender às estatais dos demais entes da federação os temas aqui tratados, fazendo-se a adaptação aos interesses local e regional. As referências aos ordenamentos estrangeiros são meramente exemplificativas, sem a pretensão de uma abordagem de direito comparado<sup>1</sup>.

Há, por fim, o **recorte material**, uma vez que a dissertação não tratará do controle exercido pelos órgãos de controle como o Tribunal de Contas, por exemplo. A perspectiva adotada é a do poder exercido pelo Estado enquanto titular de participações societárias que lhe confirmam prerrogativas de influir significativamente na condução das atividades da empresa estatal.

Partindo destas premissas metodológicas, objetiva-se identificar e estruturar os diversos interesses em jogo na empresa estatal, para se desenvolver um método de estabilização da pluralidade de relações empresariais, com o intuito

---

<sup>1</sup> A este respeito veja-se o estudo da portuguesa Tânia Cardoso Simões intitulado “Empresa Pública e Sector Empresarial do Estado: Breve Estudo de Direito Comparado” in FERREIRA, Eduardo Paz. *Estudos sobre o Novo Regime do Sector Empresarial do Estado*. Coimbra: Ed. Almedina, 2000.

de proporcionar o adequado direcionamento do poder de controle estatal para a condução das atividades sociais.

Espera-se que este trabalho possa contribuir para o estudo do poder de controle do Estado exercido sobre suas empresas, especialmente quanto a limites e condicionantes para que se atenda, em última análise, ao fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito.

## CAPÍTULO 1 – O ESTADO EMPRESÁRIO

### 1.1. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Até o primeiro quarto do século XX predominava a idéia de Estado Liberal<sup>2</sup>, segundo a qual a sociedade geral deveria se desenvolver por si só, restringida a intervenção estatal para as hipóteses de falhas de mercado. As liberdades civis fundamentais sedimentavam os direitos ditos de primeira geração do indivíduo frente ao Estado.

A atuação estatal era mínima, caracterizada, portanto, pelo absenteísmo em relação à atividade privada, segundo a lógica “mercados, sempre que possível; o Estado, apenas quando indispensável”. O Estado entraria em cena apenas em casos excepcionais, como na regulação da concorrência para restabelecer condutas justas de competição.

---

<sup>2</sup> Tal como descrito por ODETE MEDAUAR, há várias expressões que designam o Estado Liberal: Estado censitário, Estado burguês, Estado nacional-burguês, *État gendarme*, Estado legislativo, Estado guarda-noturno, Estado neutro, Estado-máquina, Estado-aparato, Estado mecanismo, Estado-catedral, Estado da potência e da razão, Estado garantista, Estado-autoridade, Estado abstencionista.

(MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003, p. 84).

Neste contexto, a absolutização do princípio da livre iniciativa é característica do modelo de Estado Liberal, adotando-se a política do *laissez-faire*, com o intuito de propiciar o desenvolvimento econômico a partir do esforço dos particulares que, embora possuindo objetivos egoísticos, acabariam por ajudar a coletividade.

A partir da quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929 e, principalmente, com a segunda guerra mundial as necessidades coletivas aumentam significativamente e a reconstrução de Estados atingidos pela guerra exige uma postura ativa da máquina estatal, em lugar do comportamento até então observado.

Como reação ao modelo liberal surge o Estado intervencionista<sup>3</sup>, que propugna pela intervenção nas diversas esferas para garantir aos administrados a prestação de serviços essenciais que consigam estabelecer parâmetros mínimos de qualidade de vida, tais como as prestações da previdência social, os serviços de educação e de saúde, dentre outros.

No Brasil, percebe-se a orientação liberal no texto da Constituição federal de 1937, determinando em seu artigo 135 que a “*intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual*”. O constituinte de 1946 já não adota a mesma sistemática e o papel do Estado, em especial na órbita econômica, se intensifica.

Neste contexto surge a figura do Estado-empresário empenhado a desenvolver atividades econômicas que a iniciativa privada sequer explorava, ou o

---

<sup>3</sup> Estado-providência, Estado de bem-estar, Estado assistencial, Estado pluriclasse, Estado social, Estado social-democrata, Estado de associações, Estado distribuidor, Estado nutriz, Estado empresário, *Welfare State*, Estado *manager*, Estado de prestações, Estado de organizações, Estado neocorporativo, Estado neocapitalista, Estado promocional, Estado responsável, Estado protetor, Estado pós-liberal, Estado telocrático (v. MEDAUAR, idem, p. 84).

fazia deficientemente em certas áreas. Assim, os serviços básicos de telefonia, energia elétrica, siderurgia, dentre outros, foram sendo desenvolvidos por grandes grupos estatais (os sistemas 'Brás') estruturados a partir do controle piramidal em que figurava uma *holding* governamental no topo.

O endividamento crescente do setor público, frente às suas atribuições cada vez maiores, acarretou mudança de perspectiva, passando o Estado a exercer as atividades públicas típicas (tais como a diplomacia, segurança pública e serviços públicos essenciais para a população) e se retirando progressivamente da economia para assumir o papel de regulador em lugar de interventor direto.

A oscilação de um modelo a outro revela um verdadeiro movimento pendular na discussão política acerca de qual deles adotar. AUGUSTÍN GORDILLO relata o tal movimento de interferência e abstenção do Estado na economia e, embora trate especificamente do seu país de origem, a experiência argentina pode ser estendida à América Latina em geral:

*La búsqueda del punto de equilibrio y la contraposición de las ideas es así constante. Con distintas modalidades y particularidades, con mayor o menor éxito y eficacia, se evidenció en el período 1930-1980 primero un abandono del concepto económicamente liberal del Estado, del rol abstencionista de la administración, simultáneamente con un intento de revalorizar la libertad frente al poder, al menos en los países desarrollados. A partir de 1980 comienza a producirse en el mundo un vigoroso retorno al pasado, que nuestro país inicia ya poco tiempo después, en la década del 90, con un importante proceso de apertura de la economía, privatización y desregulación, reducción o eliminación de barreras aduaneras, etc. En el nuevo sistema económico y jurídico resulta nuevamente insuficiente la tutela del individuo frente al poder. Pero ya no se trata solamente del poder administrativo, se trata también del poder económico privado concentrado en monopolios y privilegios otorgados por el en el proceso de privatización. Comienza entonces el progresivo fortalecimiento de las indispensables autoridades reguladoras independientes<sup>4</sup>. [Grifos nossos]*

---

<sup>4</sup> GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Tomo I, 2003, p. II-8.

Em tradução livre:

*A busca do ponto de equilíbrio e a contraposição das idéias é assim constante. Com distintas modalidades e particularidades, com maior ou menor êxito e eficácia, se evidenciou no período 1930-*

A mudança do papel do Estado no caso brasileiro também se nota pela valorização recente das agências reguladoras, demonstrando a transferência do papel participativo para o papel regulador, conforme salientado por GORDILLO.

Hoje estaríamos, assim, numa posição intermediária, identificada por BRESSER PEREIRA<sup>5</sup> como *Estado Social-Liberal*, fruto do capitalismo globalizado do século XXI. A sua vertente **social** se dedicará à efetividade dos direitos sociais à educação, à saúde, e à previdência básica.

De outro lado, argumenta o ex-Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado que este mesmo Estado será **liberal**, porque realizará estas tarefas de forma muito mais competitiva, deixando de oferecer à burocracia estatal o monopólio das verbas orçamentárias para a educação, a saúde, a cultura:

*A construção de obras de infra-estrutura será terceirizada. Esta mudança, aliás, foi a primeira a acontecer, antes mesmo que o Estado Social-Burocrático entrasse em crise. As empresas produtoras de bens serão privatizadas. As empresas produtoras de serviços públicos serão objeto de concessão a empresas privadas. Estes dois fenômenos passaram a ocorrer com grande intensidade já partir dos anos 80, como uma resposta à crise do Estado. E, finalmente, a oferta de serviços sociais será entregue, também de forma competitiva, não a empresas privadas, mas a organizações públicas não estatais. Este é um fenômeno que está começando a acontecer em todo o mundo, embora a grande maioria dos analistas ainda não se tenha dado conta dele.*<sup>6</sup>

---

*1980 primeiro um abandono do conceito economicamente liberal do Estado, do papel abstencionista da administração, simultaneamente com uma intenção de revalorizar a liberdade frente ao poder, ao menos nos países desenvolvidos. A partir de 1980 começa a produzir-se no mundo um vigoroso retorno ao passado, que nosso país inicia já pouco tempo depois, na década de 90, com um importante processo de abertura da economia, privatização e desregulação, redução ou eliminação de barreiras aduaneiras, etc. No novo sistema econômico e jurídico resulta novamente insuficiente a tutela do indivíduo frente ao poder. Mas já não se trata somente do poder administrativo, se trata também do poder econômico privado concentrado em monopólios e privilégios outorgados por ele no processo de privatização. Começa então o progressivo fortalecimento das indispensáveis autoridades reguladoras independentes.*

<sup>5</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 21.

<sup>6</sup> PEREIRA, Bresser. *Um Novo Estado Para A América Latina*. Disponível eletronicamente no site <http://bresserpereira.org.br/papers/ADM/91al.pdf>. Acesso em 30.07.2005.

Na esteira da teoria constitucional dos princípios, DIOGO DE FIGUEIREDO critica justamente a absolutização do princípio da livre iniciativa, ressaltando a interdependência social necessária, ponderando tal princípio com os demais:

*O princípio da liberdade de iniciativa tempera-se pelo da iniciativa suplementar do Estado; o princípio da liberdade de empresa corrige-se com o da definição da função social da empresa; o princípio da liberdade de lucro, bem como o da liberdade de competição, moderam-se com o da repressão do abuso de poder econômico; o princípio da liberdade de contratação limita-se pela aplicação dos princípios de valorização do trabalho e da harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; e, finalmente, o princípio da propriedade privada restringe-se com o princípio da função social da propriedade.<sup>7</sup>*

Há que se buscar, assim, o meio-termo aristotélico para se evitar tanto um Estado completamente ausente e inadimplente frente às necessidades mais elementares da população, quanto o outro extremo, que consiste no Estado completamente inflado, em que o próprio mau funcionamento da máquina burocrática atenta contra os direitos fundamentais dos cidadãos<sup>8</sup>.

Ainda que tenha havido uma nítida diminuição da presença estatal direta na economia, as empresas estatais cumprem missões essenciais para a

---

<sup>7</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ordem Econômica e Desenvolvimento na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: APEC, 1989 apud BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Constitucional e os limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 14, junho/agosto, 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

<sup>8</sup> Com respeito a este último modelo, vale transcrever as preocupações de um funcionário responsável pelo processo de reformas do setor público da Nova Zelândia que assim resumiu as deficiências do sistema daquele país:

*Confusão de objetivos, falta de accountability, inadequada adaptação para mudanças, mecanismos de controle por demais centralizados, estruturas complexas de administração, excesso de papelada, dispersão de responsabilidade, mecanismos muito difundidos de proteção interna e, finalmente, inabilidade para exercer o controle correto sobre os gastos do Estado caracterizavam grandes áreas do setor público.*

(RICHARDSON, Ruth. *As Reformas no setor público da Nova Zelândia*. In PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 216)

população, seja na exploração de atividades econômicas, seja na prestação de serviços públicos.

No atual governo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por exemplo, foram criadas novas 34 empresas estatais até setembro de 2005. Na União Europeia a Diretiva 80/723/CEE da Comissão de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas, deixou claro em seus considerandos que as “*empresas públicas desempenham um papel importante na economia nacional dos Estados-membros*”.

### 1.1.1. INTERVENÇÃO E ATUAÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA

Há que se distinguir a intervenção da atuação do Estado na economia para situar a atividade das empresas estatais, na linha dos ensinamentos de EROS ROBERTO GRAU<sup>9</sup> que faz tal diferenciação nos seguintes termos:

*Há **intervenção**, pois, na medida em que o vocábulo expressa, na sua conotação mais vigorosa, precisamente atuação em área de outrem. Daí se verifica que o Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo intervenção é, no contexto, mais correto do que a expressão atuação estatal: **intervenção expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, expressa significado mais amplo.***

Ainda segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal, quando o Estado saísse da sua órbita pública para inserir-se na esfera da atividade econômica

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 130

em sentido estrito (domínio econômico), o faz nas seguintes modalidades de intervenção: intervenção por **direção**; intervenção por **indução** e intervenção por **absorção** ou **participação**.

A intervenção **por direção** caracteriza-se pela atuação normativa do Estado, quando cria instrumentos e normas de cumprimento obrigatório para os atores da atividade econômica. Já quando o faz **por indução**, procura seduzir os particulares, por meio de incentivos fiscais e outros meios, a exercerem a atividade econômica em determinados setores da economia ou mesmo em regiões específicas.

As hipóteses que dizem respeito às empresas estatais configuram a intervenção **por absorção**, seja quando o Estado atua em regime de monopólio, assumindo integralmente o controle dos meios de produção em determinado setor da atividade econômica, seja quando não assume o controle total, na intervenção **por participação**.

## 1.2. AS SOCIEDADE EMPRESÁRIAS ESTATAIS

A teoria tridimensional de MIGUEL REALE<sup>10</sup> observa que os modelos jurídicos delineados nas normas surgem a partir da integração de fatos e valores. Neste sentido, os modelos jurídicos das empresas estatais correspondem à

---

<sup>10</sup> REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

complementaridade dialética entre o fato econômico da intervenção do Estado e os valores de justiça econômica.

Para se analisar o poder de controle do Estado-empresário é necessário delinear o modelo jurídico das empresas estatais. Para isso, parte-se da análise do termo ‘*empresa*’, utilizado tanto no setor privado, quanto na esfera pública na expressão ‘*empresa estatal*’.

A teoria desenvolvida na Itália, à época da edição do Código Civil daquele país em 1942, denominada “*teoria da empresa*”, procurou moldar os seus contornos em virtude das dificuldades trazidas pela equivocidade do termo *empresa*<sup>11</sup>. Ao contrário do que acontece na economia, o conceito jurídico de empresa foi identificado pelo jurista italiano ALBERTO ASQUINI como um “*fenômeno econômico poliédrico*”:

*O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado.*<sup>12</sup>

ASQUINI, com seus estudos, resolveu uma pendência na doutrina italiana, dividida em inúmeras correntes, cada qual pretendendo que a sua fosse a verdadeira conceituação de empresa, em termos jurídicos. A sua tese é de que a empresa tem um conceito unitário econômico, mas não um conceito unitário jurídico.

---

<sup>11</sup> Interessante notar que o diploma civil italiano inclui nas suas matérias o próprio direito do trabalho, seguindo a orientação da época fascista de Benito Mussolini que pregava “tudo no Estado, tudo para o Estado, nada fora do Estado”. O sindicalismo, por exemplo, na tradição daquele ordenamento, classifica-se como um sindicalismo de cooperação, ao contrário da tradição latina conflituosa. Esta diferença se reflete diretamente na questão da greve, a ser analisada adiante, que é deflagrada apenas em último caso naquele país, enquanto que para nós é fase inicial para a reivindicação de direitos.

<sup>12</sup> ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Tradução de Fábio Konder Comparato in Revista de Direito Mercantil n.º 104, out.-dez. 1996, p. 109.

Nas várias faces do fenômeno econômico da empresa, ASQUINI distinguia *quatro* perfis: **subjetivo, objetivo, funcional e institucional (ou corporativo)**.

O primeiro deles, denominado pelo autor de **perfil subjetivo**, identifica a empresa com o sujeito de direito, vale dizer, com a pessoa física (empresário individual) ou jurídica (sociedade empresária) que “*exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviços*” (art. 966 do atual Código Civil brasileiro). Transcreva-se o seguinte trecho que ilustra este perfil nas palavras do jurista italiano:

*Na economia de troca o caráter profissional da atividade do empresário é um elemento natural da empresa. O princípio da divisão do trabalho e a necessidade de repartir no tempo as despesas da organização inicial, de fato, orientam naturalmente o empresário, para especializar sua função através de uma atividade em série, dando lugar a uma organização duradoura, normalmente, com escopo de ganho*<sup>13</sup>

Já o **perfil objetivo**, vincula a empresa à noção de **estabelecimento**. Não mais como sujeito, empresa aparece neste sentido como objeto de direito, identificando o local em que a atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços é explorada.

A empresa sob o **perfil funcional** refere-se à **atividade econômica**, sob o ponto de vista dinâmico, surgindo como uma organização produtiva que opera no tempo, guiada pela atividade do empresário. A força em movimento consiste na atividade empresarial dirigida para um determinado escopo produtivo.

---

<sup>13</sup> ASQUINI, op. cit. p. 111.

O último perfil identificado pelo doutrinador italiano diz respeito ao *perfil corporativo ou **institucional***, de acordo com o qual, como o próprio nome indica, a sociedade é considerada como **instituição**. Esta última formulação asquiniana interessa particularmente à presente dissertação, na medida em que considera a empresa de modo a agregar pessoas (aqui incluídos os empregados) com propósitos comuns.

*O empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual, mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção.*<sup>14</sup>

Procurar-se-á adaptar o perfil institucional para a realidade das empresas estatais de modo a identificar todos os interesses em jogo e tentar, a partir daí, caminhar no sentido da concordância prática entre eles.

### **1.3. A IMPORTÂNCIA DAS EMPRESAS ESTATAIS E A SUA SUBMISSÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL**

As empresas estatais causam relevantes repercussões na vida dos que nela trabalham, na vida da comunidade atingida pela atividade executada, no meio ambiente, nas condutas do público consumidor ou usuário dos seus serviços, nos concorrentes, ou mesmo o reflexo no próprio Estado que as controla, dentre outras conseqüências diretas e indiretas.

---

<sup>14</sup> Idem, ibidem, p. 113.

ARNOLDO WALD, em artigo sobre a moderna empresa em geral, ressalta o papel crucial da macroempresa, inclusive da macroempresa estatal que, para a consecução de seus objetivos emite influências juridicamente relevantes nas diferentes esferas e, por esta razão, não pode deixar de ter uma atenção especial do mundo jurídico:

*Já se disse que a criação da empresa moderna representa, na história da humanidade, uma mudança de civilização tão importante quanto o fim do estado paleolítico, ou seja, o momento em que o homem deixou de viver da caça para se dedicar à agricultura. Na realidade, a grande empresa representa uma mudança qualitativa extraordinária quando comparada ao artesanato ou às pequenas sociedades familiares do passado. A nova dimensão das multinacionais **ou das maiores companhias estatais** importou em criar uma nova unidade no sistema político, econômico e social, pelo simples fato de se tratar de entidades que, pelo seu tamanho, pelos valores faturados e pela diversificação de suas atividades atingiram e ultrapassaram, em alguns casos, a importância dos próprios Estados soberanos, para utilizar a expressão do jornalista Anthony Sampson.<sup>15</sup> [Grifos nossos]*

Procurando disciplinar o regramento jurídico destas pessoas jurídicas de vital importância para a ordem econômica de um país, as constituições brasileiras procuraram traçar o contorno de sua atuação, enxergando a empresa como célula fundamental da economia de mercado e dentro do espírito apontado por CARNELUTTI segundo o qual “a função do Direito é de submeter a Economia à ética”<sup>16</sup>.

A Constituição imperial de 1824 e a primeira Constituição republicana de 1891 não trouxeram dispositivos específicos sobre a intervenção do Estado na ordem econômica, tendo a Constituição federal de 1934, inaugurado a disciplina no

---

<sup>15</sup> WALD, Arnaldo. *Interesses Societários e Extra-societários na Administração das Sociedades Anônimas: A Perspectiva Brasileira*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 55, 1984, p. 11

<sup>16</sup> Carnelutti *apud* WALD, Arnaldo. *Op. cit.*, p. 10.

seu artigo 113<sup>17</sup>, sem que houvesse um detalhamento quanto aos princípios setoriais a serem observados.

A Constituição federal de 1937 já apresentou um diferencial sobre a anterior, na medida em que, em título específico sobre a ordem econômica, esmiuçou a matéria, prevendo o seguinte:

*Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.*

Interessante notar que, pela primeira vez, a constituição da época deixou explícito o princípio da subsidiariedade na atuação estatal, uma vez que “só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual”, podendo ser na modalidade “imediata” por meio da “gestão direta” dos meios de produção.

A partir da Constituição federal de 1946, entretanto, retirou-se a menção explícita acima apontada, constando apenas do artigo 146<sup>18</sup> a previsão segundo a qual a União poderia intervir no domínio econômico, com base no interesse público e tendo como limites os direitos fundamentais assegurados naquela carta constitucional.

---

<sup>17</sup> Art. 113. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que assegure a todos uma existência digna do homem. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica

<sup>18</sup> Art 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.

Com a Constituição federal de 1967 inaugurou-se uma disciplina mais detalhada da intervenção direta do Estado na economia. Houve uma opção clara no sentido de se privilegiar a atuação dos particulares nas atividades econômicas e, pela primeira vez, explicitou-se o regime jurídico de direito privado para o Estado empresário no parágrafo segundo do art. 170 desta Constituição:

*Art 170 - Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.*

*[...]*

*§ 1º - Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.*

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

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

### **1.3.1. A EMPRESA ESTATAL COMO AGENTE ECONÔMICO SUJEITO AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Os imperativos de justiça econômica determinam a paridade de tratamento das empresas estatais com o setor privado, de modo a submetê-las aos fundamentos e princípios constitucionais da ordem econômica. O parágrafo 2º do art. 173 da Constituição federal de 1988 cristaliza este posicionamento ao exigir que

*‘as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado’<sup>19</sup>.*

A sujeição à órbita econômica implica na observância, em primeiro lugar, dos **fundamentos** desta esfera que consistem na *livre iniciativa* e no *valor do trabalho humano*, já que expressamente previstos nos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988:

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

*[...] IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;*

Tais preceitos são *decisões políticas fundamentais* que servem de guia para a interpretação das normas constitucionais e mesmo infraconstitucionais. No âmbito da própria **esfera econômica**, tais **fundamentos** estão previstos no caput do artigo 170:

*“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa [...]”*

Com relação à valorização do trabalho humano, devem ser observados os direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição, correspondendo

---

<sup>19</sup> Neste mesmo sentido, o preâmbulo da DIRETIVA 80/723/CEE DA COMISSÃO de 25 de Junho de 1980 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas:

*“Considerando que o Tratado CEE em nada prejudica o regime de propriedade nos Estados-membros, devendo pois ser assegurada a igualdade de tratamento entre as empresas públicas e as empresas privadas”*

aos denominados direitos fundamentais de segunda geração<sup>20</sup>, consolidados no século XX e que terão especial atenção no capítulo 3.

A livre iniciativa, por sua vez, impõe que as situações que a excetuem devam estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição, não se admitindo, por exemplo, que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.

Neste sentido, a criação de empresas estatais que correspondem a manifestações da intervenção direta do Estado na economia somente será autorizada caso preenchidos os requisitos de *imperativo de segurança nacional* ou de *relevante interesse coletivo*, previstos no art. 173 da Constituição Federal de 1988<sup>21</sup>.

Além dos fundamentos expressamente albergados pelo constituinte, as empresas estatais, como agentes econômicos, devem fiel obediência aos **princípios**

---

<sup>20</sup> Há quem prefira o vocábulo “dimensão” em lugar de “dimensão” porque este último daria a idéia errônea de superação de uma geração por outra.

<sup>21</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Exemplo de atendimento do requisito de *relevante interesse coletivo* pode ser ilustrado por meio da autorização prevista na Lei n.º 10.972, de 2 de dezembro de 2004 para a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – HEMOBRÁS:

Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar empresa pública, na forma definida no inciso II do art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no art. 5º do Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969, sob a forma de sociedade limitada, denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS, vinculada ao Ministério da Saúde.

Curiosamente a forma jurídica adotada para a HEMOBRÁS foi a de sociedade limitada, já que a empresa pública não está restrita ao tipo societário de sociedade anônima. A criação de sociedade de economia mista, ao contrário, deve necessariamente adotar a forma de sociedade anônima conforme determinado pelo art. 235 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 que dispõe sobre as Sociedades por Ações.

O *imperativo de segurança nacional* pode ser exemplificado por meio da empresa pública **Erro! Vínculo não válido.**– Indústria de Material Bélico do Brasil autorizada a partir da edição da Lei nº 6.227, de 14 de julho de 1975, sendo requisito menos utilizado na prática do que o anterior. Há, inclusive, restrição à sua aplicação a empresas estatais de outros entes da federação, já que a matéria sobre segurança nacional seria de competência da União.

da ordem econômica brasileira. O artigo 170 da Constituição Federal traz em seus incisos os princípios setoriais regedores desta esfera:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

*I - soberania nacional;*

*II - propriedade privada;*

*III - função social da propriedade;*

*IV - livre concorrência;*

*V - defesa do consumidor;*

*VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação*

*VII - redução das desigualdades regionais e sociais;*

*VIII - busca do pleno emprego;*

*IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.*

*Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.*

Tais princípios não se contrapõem aos fundamentos anteriormente apontados, conforme explica TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR acerca desta lógica de articulação, no seguinte trecho:

*Cumpra ao Estado assegurar os fundamentos, a partir dos princípios. Não se pode, por isso, em nome de qualquer deles eliminar a livre iniciativa nem desvalorizar o trabalho humano. Fiscalizar, estimular, planejar, portanto, são funções a serviço dos fundamentos da ordem,*

*conforme seus princípios. Jamais devem ser entendidos como funções que, supostamente em nome dos princípios, destruam seus fundamentos.*<sup>22</sup>

Podem, ainda, ser classificados da seguinte maneira: (i) **princípios de funcionamento** da ordem econômica e (ii) **princípios-fins**. Enquanto estes últimos descrevem realidades materiais que o constituinte deseja ver alcançadas, aqueles estabelecem os parâmetros de convivência básicos que os agentes da ordem econômica deverão observar.

Os **princípios de funcionamento**<sup>23</sup> da ordem econômica correspondem aos seis primeiros incisos do artigo 170 da Constituição, sendo os demais incisos os **princípios-fins** que o legislador pretendeu atingir e que devem ser tomados em consideração nas atividades empreendidas.

Ressalte-se que a linha principiológica adotada pelo constituinte de 1988 deverá ser densificada a partir da aprovação do estatuto das empresas estatais, conforme determinação do art. 173, parágrafo 1º. Ilustre-se, a este respeito, a opção legislativa adotada no *Estatuto das Empresas Estatais de 1986* da Nova Zelândia (“*State-Owned Enterprises Act*”)<sup>24</sup>, ao prever os seguintes objetivos:

*(1)The principal objective of every State enterprise shall be to operate as a successful business and, to this end, to be—*

*(a)As profitable and efficient as comparable businesses that are not owned by the Crown; and*

*(b)A good employer; and*

---

<sup>22</sup> FERRAZ, Tércio Sampaio Jr. *Congelamento de preços – tabelamentos oficiais*. (parecer), Revista de Direito Público nº 91, 1989.

<sup>23</sup> A proteção ao consumidor, por exemplo, como princípio de funcionamento, sinaliza para a insuficiência da auto-regulação dos agentes privados, pois compromete muitas vezes aspectos relativos à qualidade e segurança dos produtos comercializados, veracidade das informações ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas, atendimento pós-consumo, etc. O Estado deve, com efeito, estabelecer e fazer cumprir o regramento de defesa dos consumidores (tal como previsto no artigo 5º: “XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”) para criar condições equitativas entre partes naturalmente desiguais.

<sup>24</sup> Disponível no site <http://www.legislation.govt.nz/> (acesso em 03.10.2005).

*(c)An organization that exhibits a sense of social responsibility by having regard to the interests of the community in which it operates and by endeavoring to accommodate or encourage these when able to do so.<sup>25</sup>*

No caso brasileiro, o estatuto a ser aprovado deve descer a maiores detalhes (em comparação com a legislação neozelandesa), para que esteja em maior sintonia com a Constituição federal de 1988, especialmente quanto aos dispositivos que tratam da disciplina da ordem econômica.

#### **1.4. VINCULAÇÃO NA ESCOLHA DA FORMA JURÍDICA ADEQUADA**

Além da observância irrestrita aos princípios, há que se ressaltar a necessidade de conformação a certas regras. Isto porque o legislador traçou modelos jurídicos relativos às pessoas jurídicas<sup>26</sup>, dando forma a um novo ser que

---

<sup>25</sup> Em tradução livre:

(1) O objetivo principal de cada empresa estatal será operar como um negócio bem sucedido e, para este fim, seja

(a) tão lucrativa e eficiente quanto os negócios semelhantes que não são possuídos pela coroa; e

(b) um bom empregador; e

(c) uma organização que exiba um sentido da responsabilidade social tendo em consideração os interesses da comunidade em que opera e se esforçando para acomodar ou incentivar estes quando capaz de assim fazer.

<sup>26</sup> Os artigos 41 e 44 do Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002) traça a divisão entre as pessoas jurídicas no direito interno:

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado: I - as associações; II - as sociedades; III - as fundações. IV - as organizações religiosas; V - os partidos políticos.

passa a ser enxergado como verdadeiro agente, não mais apenas econômico e de fato, mas também, um agente do mundo jurídico.

No caso da intervenção na órbita econômica, o Estado não pode utilizar de maneira completamente discricionária a forma jurídica a ser adotada para a consecução de seus objetivos. A escolha deve, ao contrário, se basear em critérios previstos no ordenamento pátrio.

Os modelos jurídicos das pessoas jurídicas governamentais não são, assim, intercambiáveis, tendo o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 que dispõe sobre a organização da Administração Federal (alterado pelo Decreto-Lei nº 900, de 29 de setembro de 1969) previsto em seu artigo 5º quatro figuras jurídicas que corporificam a descentralização administrativa:

*Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:*

*I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.*

*II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*

*III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)*

*IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)*

A **autarquia**, por exemplo, deve ser a forma adequada para a execução de **atividades típicas de Estado**, com as conseqüências naturais que tais atividades exigem, ou seja, torna-se imprescindível a existência de uma personalidade de direito público imprescindível para se fazer uso de autoridade estatal, com vistas à imposição de limites ao exercício da liberdade privada<sup>27</sup>.

As **empresas estatais** podem adotar a forma de **sociedades de economia mista** ou **empresas públicas** – conforme tenham ou não, respectivamente, a colaboração de capitais privados – e consistem em pessoas jurídicas adequadas para o exercício de atividade econômica pelo Estado que adotará formas de direito privado para melhor atender aos interesses envolvidos.

Não há, assim, discricionariedade por parte do ente criador destas pessoas jurídicas governamentais na escolha da forma a ser adotada. Deverá ser observada a modelagem jurídica posta na lei, em virtude da diferença de escopo entre elas.

A forma empresarial, tal como ensina JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, vem institucionalizar “estruturas jurídicas aptas a garantir a separação dos poderes organizatórios (deliberativos, executivo e fiscalizadores) e a especialização funcional dos factores do capital ou propriedade (sócios), da gestão ou controlo

---

<sup>27</sup> Neste sentido a afirmação de FRANCISCO CAMPOS

*Os agrupamentos e serviços que denominamos corpos de administração autônomos (Selberwaltungskörper) são obrigados para com o Estado a exercer a atividade administrativa que lhes é própria, que lhes foi delegada. Mas o elemento decisivo para a determinação da natureza jurídica de tais agrupamentos reside no fato de que eles são investidos do direito de dominação própria do Estado (imperium), do poder de comando.*

(FRANCISCO CAMPOS apud BRITTO DAVIS, M. T. de Carvalho. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: José Konffino Editor, 1969, p. 147).

(administradores) e do trabalho (trabalhadores), que são características da empresa dos nossos dias”.<sup>28</sup>

Note-se que a **empresa pública** pode “*revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito*” (inciso II, art. 5º do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967), sendo, entretanto, preferível a adoção do tipo societário de sociedade anônima, em razão de ter maior estabilidade, tanto no detalhamento legislativo (composição orgânica e funcionamento interno), quanto no aproveitamento da jurisprudência já sedimentada.

A **sociedade de economia mista** deverá adotar necessariamente a roupagem de sociedade anônima, em virtude da expressa previsão na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que determina, por exemplo, a dualidade de órgãos de administração, conforme disposto no art. 239 do referido diploma<sup>29</sup>.

O apelo à contribuição de parceiros privados deve ser bem ponderado, pois acarretará conseqüências diversas do modelo de empresa pública, como observa YAIR AHARONI:

*[...] once the government has entered into a partnership with private investors, it has to take into account the point of view of the partners. [...] Some enterprises have clear commercial objectives and no others. Other SOEs were created to achieve social goals and are expected at most to break even. Most SOEs face multiple and conflicting objectives.*<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> ESTACA, José Nuno Marques. *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 17.

<sup>29</sup> Art. 239. As companhias de economia mista terão obrigatoriamente Conselho de Administração, assegurado à minoria o direito de eleger um dos conselheiros, se maior número não lhes couber pelo processo de voto múltiplo.

<sup>30</sup> AHARONI, Yair. *The Evolution and Management of State Owned Enterprises*. Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1986, pp. 15 e 16:

*Uma vez que o governa tenha entrado numa parceria com investidores privados, ele deve levar em consideração o ponto de vista dos parceiros. (...) Algumas empresas têm claramente objetivos comerciais e nenhum além deste. Outras empresas estatais foram criadas para*

De outro lado, os investidores privados devem ter claramente informadas as missões institucionais da empresa estatal para que avaliem adequadamente a conveniência da parceria com o setor público.

Outro ponto a ser considerado consiste no questionamento quanto à impossibilidade de a empresa pública ter finalidade lucrativa. Veja-se, a este respeito, as seguintes razões de veto ao parágrafo único do art. 3º da Lei no 10.972, de 2 de dezembro de 2004 que autorizou a criação da empresa pública HEMOBRÁS – Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia:

*Embora a primeira parte do parágrafo único do art. 3º se harmonize com a previsão constitucional, a parte final do dispositivo, que admite a prestação do serviço 'na condição de atividade empresarial', pode suscitar dúvidas.*

*Como se sabe, a atividade empresarial é financiada por poupanças, por ela carregadas; deve gerar valor, tendo como objetivo primeiro a maximização da riqueza dos sócios ou acionistas. **Aí reside a diferença entre a atividade exercida por empresa pública e a atividade empresarial – o objetivo do lucro.***

*Assim, ao se admitir que os serviços ou atividades sejam prestadas 'na condição de atividade empresarial', nela subentendida a idéia de lucro, a parte final do parágrafo único do art. 3º parece afastar-se da previsão constitucional contida no § 4º do art. 99 da Carta Magna, não devendo, por essa razão, ser acolhida.<sup>31</sup> [grifos nossos]*

---

*alcançar funções sociais e espera-se no máximo que não dêem prejuízo. A maioria das empresas estatais enfrenta múltiplos e conflitantes objetivos.*

[Em tradução livre]

<sup>31</sup> Mensagem n.º 798, de 2 de dezembro de 2004, comunicando ao Presidente do Senado Federal, o veto, por inconstitucionalidade, ao referido dispositivo presente no Projeto de Lei nº 58, de 2004 (nº 2.399/03 na Câmara dos Deputados), que "Autoriza o Poder Executivo a criar a empresa pública denominada Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia - HEMOBRÁS e dá outras providências" (disponível no site <http://www.planalto.gov.br>). Eis o texto do caput e alguns dos incisos do dispositivo e parágrafo vetado:

Art. 3º Para a realização de sua finalidade, compete à HEMOBRÁS, em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde:

I - captar, armazenar e transportar plasma para fins de fracionamento;

II - avaliar a qualidade do serviço e do plasma a ser fracionado por ela;

[...]

XI - exercer outras atividades inerentes às suas finalidades.

O fundamento apresentado pelo veto presidencial, porém, não corresponde ao real enquadramento das empresas públicas na modelagem jurídica constitucionalmente estabelecida. Devem ser notadas, neste ponto, duas situações distintas, quais sejam: (i) entidades que têm como finalidade precípua o lucro, e (ii) entidades que, embora não tenham o lucro como fim primeiro, produzem superávits na gestão de seu patrimônio.

Veja-se, com relação a este último caso, o acórdão da quinta seção do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia de 21 de Março de 2002, tendo a seguinte ementa «*Sexta Directiva IVA - Artigo 13.º, A, n.º 1, alínea m - Operações isentas - Prestações ligadas à prática do desporto - Organismo sem fins lucrativos*»<sup>32</sup>. Dentre as conclusões expostas, tem-se que:

*A qualificação de um organismo como «sem fins lucrativos» deve ser efectuada tendo em consideração o conjunto das suas actividades (... ) um organismo pode ser qualificado como «sem fins lucrativos», ainda que procure sistematicamente gerar excedentes que depois afecta à execução das suas prestações.*

*(...) as quotizações anuais dos membros de uma associação desportiva, como a que está em causa no processo principal, são susceptíveis de constituir a contrapartida pelos serviços que esta presta, mesmo quando os membros que não utilizam ou não utilizam regularmente as instalações da associação são, ainda assim, obrigados a pagar a sua quotização anual. [Grifos nossos]*

Pode-se estender a mesma linha de raciocínio aplicada no caso das entidades sem fins lucrativos à empresa pública que deve primar por manter suas

---

Parágrafo único. O disposto nesta Lei não impede que os serviços e atividades referidos neste artigo sejam prestados por Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, inclusive na condição de atividade empresarial.

<sup>32</sup> Este processo (C-174/00) teve por objeto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º do tratado da Comunidade Européia, pelo Hoge Raad der Nederlanden (Países Baixos), destinado a obter uma decisão no litígio entre *Kennemer Golf & Country Club* e *Staatssecretaris van Financiën*. A íntegra da decisão está disponível em português no seguinte site:

<http://www.curia.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=pt&Submit=Pesquisar&docrequire=alldocs&numaff=&datefs=2002-03-21&datefe=2002-03-21&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100>

operações de maneira superavitária para afastar a condição de empresa estatal dependente (tal como previsto na Lei Complementar n.º 101 de 4 de maio de 2000). Deve, portanto, superar grande desafio, pois exige-se-lhe que, além de ter de atender a sua missão institucional para a qual foi criada, tenha de refletir resultados economicamente favoráveis.

#### 1.4.1. EMPRESAS ESTATAIS vs. EMPRESAS COM PARTICIPAÇÃO ESTATAL

Cumprе ressaltar que a expressão *empresas estatais* deve ser entendida como designativa das sociedades de economia mista, das empresas públicas e de suas subsidiárias, sem que se confundam com as sociedades nas quais o Estado detenha participação acionária eventual.

O parecer da Advocacia Geral da União n.º AGU/LA-08/94, ao analisar a natureza jurídica da Companhia Siderúrgica do Amazonas – SIDERAMA, discorreu acerca da caracterização das sociedades de economia mista de segundo grau de forma didática:

*A definição legal corresponde a uma concepção doutrinária aceita e constitui a tônica do sistema. Para que empresa se qualifique, legalmente, de economia mista, não basta que atenda aos requisitos substanciais que a coloquem no plano da intervenção do Estado na ordem econômica ou que assegure o controle majoritário da entidade estatal. É preciso, notadamente, a observância de um **requisito formal**, conditio sine qua, ou seja, a **criação autorizada em lei especial**, inclusive para excepcionar, na hipótese, a regência comum da legislação das sociedades por ações. [...]*

**De acordo com essa conceituação, sociedade de economia mista será não somente aquela criada pela União, em virtude**

*de lei especial, com a detenção do controle acionário; sê-lo-á, igualmente, a que vier ser instituída, por entidade da administração indireta (autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista), em face de autorização legislativa pertinente, que poderá constar da própria lei institucional e não, necessariamente, de lei casuística, assegurado sempre o controle acionário por parte da entidade instituidora. Logo, as sociedades filiais, satélites ou subsidiárias, criadas, em tais pressupostos, pelas sociedades de economia mista matrizes, são, iniludivelmente, sociedades de economia mista, ditas de segundo grau, material e formalmente integrantes da Administração Indireta.<sup>33</sup> (Grifos nossos)*

Quanto às sociedades em que o Estado detenha participação acionária, ainda que majoritária, esclarece o parecerista que:

*Finalmente, ainda que corrente, por quaisquer circunstâncias, que não por lei prévia e especificamente autorizativa ou por lei posterior atributiva da condição formal, a participação majoritária, em determinada sociedade, de capital da União, de autarquia, de empresa pública ou de economia mista, **não se dará a configuração legal de sociedade de economia mista.** Tais entes, em que se não verifique a qualificação jurídica adequada e formal, **são simplesmente sociedades anônimas, com participação acionária de entidades administrativas,** mas em que estas participam, qualquer que seja a categoria, como simples acionistas segundo os preceitos da lei geral de sociedades. [Grifos nossos]*

SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA em artigo intitulado “As Empresas Estatais e o Regime Jurídico de seus Empregados” na Revista de Direito Administrativo (RDA) n.º 231 ressalta que o regime aplicado às estatais de segundo grau deve ser o mesmo das estatais (de primeiro grau) já que:

*As companhias mistas de segundo grau são, reitera-se tal como suas controladoras, pessoas administrativas, componentes da Administração Indireta.<sup>34</sup> (p. 72)*

<sup>33</sup> Parecer da Advocacia Geral da União n.º AGU/LA-08/94, anexo ao Parecer GQ- 41 - PROCESSO Nº 48000.002383/94-77, disponível no site <http://www.agu.gov.br/> (acesso em 12.10.2005).

<sup>34</sup> FERREIRA, Sérgio Andréa. *As Empresas Estatais e o Regime Jurídico de seus Empregados*. Revista de Direito Administrativo, n.º 231. Rio de Janeiro: Renovar, p. 72.

Em conseqüência disto, as empresas estatais de segundo grau terão de respeitar os princípios que norteiam a administração pública. Assim, deverão, por exemplo, promover concurso público para a contratação de seus empregados, tal como o deve fazer a sua criadora.

O Supremo Tribunal Federal também orientou seu entendimento na mesma linha das opiniões acima transcritas, no sentido de que não basta o simples controle do capital, pelo Poder Público, para caracterizar uma entidade como sociedade de economia mista, sendo necessária a existência de lei que a caracterize como tal.

*COMERCIAL. Sociedade Anônima. Sociedade de Economia Mista. É sociedade de economia mista aquela criada por lei, não bastando para caracterizá-la como tal a simples presença de capital público (Lei nº 6.404, de 15.12.76, art. 236).*

(RE nº 94.777-9 - Relator: Ministro Décio Miranda, Segunda Turma - 14.8.1981- publicado no DJ de 4.9.81).<sup>35</sup>

## **1.5. DIFERENTES GRAUS DE AUTONOMIA DAS EMPRESAS ESTATAIS**

As empresas estatais geram reflexos no próprio setor público, como por exemplo, nos impactos orçamentários que cause. Em razão do grande poder

---

<sup>35</sup> No mesmo sentido os seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal:

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 assegura, através da lei criadora da pessoa jurídica, que a caracteriza como sociedade de economia mista. Se alguma dúvida pudesse existir, ela desapareceu com o art. 236 da Lei das Sociedades Anônimas. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(RE nº 92.338-1 - Relator: Ministro Soares Munõz - Primeira Turma - 18.3.1980- in DJ de 11.4.1980; RE nº 92.340-3 - Relator: Ministro Soares Munõz - Primeira Turma - 25.3.1980; RE nº 93.175-9 - Relator: Ministro Soares Munõz - Primeira Turma - 14.10.1980- in DJ de 13.2.1981).

Sociedade de economia mista. Só é criável por lei. Competência que, por isso, se reconhece, no caso, do juízo da vara cível, não do juízo dos feitos da fazenda pública. Recurso Extraordinário conhecido e provido.

(RE nº 92.288-1 - Relator: Ministro Leitão de Abreu - Segunda Turma - 10.2.1981- in DJ de 20.3.1981).

que pode ser exercido por meio do controle destas empresas, há uma tendência a que sejam tolhidas em sua autonomia por parte da esfera política.

Ressaltem-se os ensinamentos de HELY LOPES MEIRELLES que deixam nítida a necessidade de autonomia de tais entes frente a seus criadores:

*A empresa pública autônoma é uma criação do Estado. Submete-se, portanto, a estatuto definido pelo Estado. Sua existência depende do Estado que a instituiu. Precisamente, porém, em virtude dessa instituição, o Estado introduz no setor de economia pública uma estrutura descentralizada. A conservação dessa descentralização supõe o respeito à autonomia da empresa pública. Exige que não seja colocada sob a autoridade hierárquica de órgãos ou agentes do Estado (Ministros, p. Ex.). Dentro dos limites de sua carta constitutiva a empresa age livremente. A autonomia da empresa subsiste se o Estado definir as obrigações das unidades do setor econômico sob a forma de planos gerais. Não é incompatível com uma participação do Estado, limitada e fixada pelo estatuto da empresa, na gestão.<sup>36</sup>*

Assim sendo, a esfera política não pode influir de maneira indevida na gestão da empresa estatal, sob pena de se configurar o fenômeno da *politização*, a ser abordado adiante e que tem conseqüências no direcionamento do exercício do poder de controle estatal.

---

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 29ª Ed., Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2004, p. 357.

Nesta mesma linha, cite-se o trecho de MICHEL DESPAX que enfatiza a autonomia da empresa :

De plus en plus, en effet, le droit considère l'entreprise comme une entité autonome distincte de la personne de l'entrepreneur, et va même dans certains cas jusqu'à opposer l'intérêt de celui-ci à l'intérêt de celui-là ... l'entreprise parit essentiellement caractérisée par deux traits suivants : d'une part par l'existence d'un patrimoine propre, d'autre part par l'existence d'un intérêt propre, qui se distingue et s'oppose à l'intérêt de l'entrepreneur.

MICHEL DESPAX in «L'Entreprise et le Droit », Paris, 1957 apud BRITTO DAVIS, MT de Carvalho. Tratado das Sociedades de Economia Mista, José Konffino Editor, 1969.

Em tradução livre:

Cada vez mais, com efeito, o direito considera a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empreendedor, e vai, mesmo em certos casos, ao ponto de opor os interesses deste ao daquela. A empresa é essencialmente caracterizada por dois traços: de um lado pela existência de um patrimônio próprio, de outro pela existência de um interesse próprio, que se distingue e se opõe ao interesse do empreendedor.

A autonomia, entretanto, não é absoluta e varia de acordo com as características da própria empresa estatal e do meio em que está inserida. Encontra-se sempre presente uma certa e inevitável ingerência governamental, mas a questão crucial consiste em “*dosar convenientemente tal ingerência, evitando-se a plethora de normas e regulamentos que porventura possam vir a emperrar o mecanismo técnico-administrativo da sociedade*”<sup>37</sup>.

O grau de autonomia irá variar conforme se trate, por exemplo, de empresa estatal que deva perseguir uma importante missão institucional, justificando uma posição de dependência econômica ao ente criador. Até mesmo o próprio ambiente – se concorrencial ou monopolístico – em que está inserida influirá na sua relação com o ente controlador.

A questão financeira é, sem dúvida, um dos pontos mais importantes para a aquisição de maior autonomia, mas não basta que siga um caminho de resultados numéricos favoráveis. Resta saber se a atividade superavitária está intimamente ligada à capacidade da empresa estatal de respeitar os direitos fundamentais que circundam a sua atuação.

O Estado Democrático de Direito demanda do Estado-empendedor uma atuação em conformidade com os princípios constitucionais, de modo a fazer com que possa gerenciar suas atividades de modo a não depender dos recursos do Erário, mas, ao mesmo tempo, respeite os interesses envolvidos<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> BRITTO DAVIS, MT de Carvalho. Tratado das Sociedades de Economia Mista, José Konffino Editor, 1969, p. 57.

<sup>38</sup> Tal como alertado por FABIO KONDER COMPARATO, embora direcionado às empresas privadas:

*O problema fundamental do poder de controle na sociedade anônima, segundo nos parece, não será doravante o de sua legalidade que, bem ou mal, já foi reconhecida; mas o de seu fundamento axiológico, isto é, o problema da legitimidade. Não basta, com efeito, verificar que o controle se funda na*

Na feliz observação de JEAN-LOUIS AUTIN, "*les transformation actuelles de la citoyenneté font apparaître la figure du citoyen à l'horizon du droit administratif*"<sup>39</sup>. A cidadania multidimensional exigirá um esforço grande por parte do Estado-empresário para que consiga cumprir suas missões sem que deixe de observar os interesses que gravitam ao seu redor.

Passa-se, portanto, a analisar mais detidamente, nos capítulos que se seguem, o exercício do poder de controle pelo Estado e como fazer com que cumpra um papel vital para que seja trilhado um caminho de respeito às exigências do moderno Estado Democrático de Direito.

---

*lei, que ele é, efetivamente, exercido na companhia. Ainda é mister pesquisar e defender a sua justificativa de valor, tal como organizado atualmente."*

COMPARATO, Fábio Konder et SALOMÃO, Calixto (filho). *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 555

<sup>39</sup> AUTIN, Jean-Louis et RIBOT, Catherine. Op. Cit. p. 272 :

"As transformações atuais da cidadania fizeram aparecer a figura do cidadão no horizonte do direito administrativo."

[Tradução livre]

## **CAPÍTULO 2 – O PODER DE CONTROLE NAS EMPRESAS DO ESTADO**

### **2.1. A DISSOCIAÇÃO ENTRE A PROPRIEDADE E O CONTROLE DOS BENS DE PRODUÇÃO**

No fim da década de 20, os economistas ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS desenvolveram estudos com base nas empresas da época nos Estados Unidos, resultando na publicação, em 1932, da obra “A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada”<sup>40</sup>.

O mérito do trabalho consistiu em identificar a sociedade anônima como instrumento da dissociação entre a propriedade da riqueza produtiva (os bens de produção) e o seu controle, no interior da organização empresarial capitalista.

FÁBIO KONDER COMPARATO em sua obra clássica sobre “O Poder de Controle na Sociedade Anônima” lembra que esta dissociação entre propriedade

---

<sup>40</sup> BERLE, Adolf A. et MEANS, Gardiner C. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ed. Victor Civita, 1984.

e controle dos meios de produção já havia sido notada por KARL MARX no Livro III de “O Capital”:

*O problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela. E é neste sentido que deve ser interpretada a tese marxista acerca da concentração do capital, pois este conceito não designa, nessa teoria, coisas ou bens, nem mesmo uma relação de propriedade, mas uma manifestação de poder.*

O controle, tal como ensina COMPARATO, consiste na “prerrogativa possuída pelo titular de um poder superior de impor suas decisões sobre o titular de um poder inferior”<sup>41</sup>, sendo um fenômeno jurídico moderno, já que próprio das sociedades ou organizações complexas nas quais se manifesta um hierarquização de funções.

O autor classifica em quatro as modalidades de poder de controle da sociedade anônima. A primeira delas consiste no *controle totalitário*, em que há concentração da totalidade das ações com direito de voto nas mãos de uma única pessoa. O exemplo é a empresa pública, no âmbito das empresas estatais, em que se manifesta esta modalidade.

A segunda modalidade é o controle majoritário que corresponde ao controle exercido por quem é titular de mais da metade das ações com direito de voto. Neste caso situam-se as sociedades de economia mista, já que o Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, prevê o seguinte:

*Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, **cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.***

---

<sup>41</sup> COMPARATO, Fábio Konder et SALOMÃO, Calixto (filho). *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. X.

O controle minoritário corresponde à terceira modalidade e ocorre quando é exercido por quem, embora possuindo menos da metade das ações com direito de voto, dirige os negócios sociais e elege a maioria dos administradores. Este tipo de controle só é possível nas grandes companhias, com alto grau de dispersão acionária, em que torna-se difícil a reunião de todos os acionistas na assembléia, possibilitando esta modalidade peculiar de controle. Importa notar que este tipo de controle não se confunde com as participações minoritárias do Estado em determinadas sociedades, sem que exerça qualquer influência na condução das atividades sociais.

A última espécie de controle identificada por COMPARATO é o controle gerencial em que os próprios administradores são os controladores da sociedade. BERLE e MEANS ilustram este tipo de controle com a Pennsylvania Railroad, em que o maior acionista detinha apenas 0,34% das ações.

Os controles gerencial e minoritário não são possíveis no âmbito das empresas estatais, tendo a lei de sociedades anônimas adotado um conceito de acionista controlador em seu artigo 116 como sendo a pessoa que “é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia” e que “usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia”, não podendo figurar, portanto, como um *silent partner*.

Curiosamente, a Diretiva 80/723/CEE<sup>42</sup> da Comissão da União Européia, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras

---

<sup>42</sup> Disponível no site:

entre os Estados-Membros e as empresas públicas, prevê outras modalidades de controle para o Estado em seus considerandos:

*Considerando que os poderes públicos podem exercer uma influência dominante no comportamento das empresas públicas, não só no caso de serem seus proprietários ou nelas deterem uma participação maioritária, mas também em consequência dos poderes que detenham nos seus órgãos de gestão ou de fiscalização, por força de disposições estatutárias ou em consequência da repartição das acções;*

Isto porque a legislação europeia adota um conceito amplo de empresa pública, abarcando “qualquer empresa em que os poderes públicos possam exercer, direta ou indiretamente, uma influência dominante em consequência da propriedade, da participação financeira ou das regras que a disciplinem” (art. 2º).

Com efeito, atuando no exercício do seu poder de controle, importante questão se coloca, na medida em que poderá o Estado-controlador interferir em outras esferas de interesses.

## **2.2. O PODER DE CONTROLE E AS ESFERAS DE JUSTIÇA**

Torna-se vital buscar o fundamento legitimador do poder de controle para que a empresa estatal, como agente da órbita econômica, não desvirtue os comandos constitucionais, ou mesmo legais, desalinhando norma, fato e valor. Neste sentido, esclarece FÁBIO KONDER COMPARATO o ponto nevrálgico da discussão sobre o poder de controle:

*O problema fundamental do poder de controle na sociedade anônima, segundo nos parece, não será doravante o de sua legalidade que, bem ou mal, já foi reconhecida; mas o de seu fundamento axiológico, isto é, o problema da legitimidade. Não basta, com efeito, verificar que o controle*

*se funda na lei, que ele é, efetivamente, exercido na companhia. Ainda é mister pesquisar e defender a sua justificativa de valor, tal como organizado atualmente.*<sup>43</sup>

A justiça nas relações sociais foi objeto de estudo de vários autores, podendo ser destacado JOHN RAWLS que desenvolveu sua obra 'Teoria da Justiça', partindo da justiça entre instituições e não mais entre homens como era a orientação clássica no trato do tema.

Outros autores, assim como RAWLS, se dedicaram ao relevante tema da justiça, sendo notória a interdisciplinaridade, já que nenhuma área do conhecimento, por si só, consegue dar conta das complexas soluções para a questão da justiça. Neste contexto, vale mencionar MICHAEL WALZER, que trouxe imensa contribuição ao estudo da Teoria da Justiça ao desenvolver a sua idéia de 'esferas de justiça'.

Esta idéia central do autor de separação em áreas, ou esferas de justiça, deu nome à sua obra cujo título no original em inglês é justamente "Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality"<sup>44</sup> e tem aplicação direta no âmbito da limitação ao poder de controle do Estado sobre suas empresas.

Segundo WALZER, o Estado dito 'honesto', assim entendido o Estado Democrático de Direito, está comprometido com a 'igualdade complexa' (conceito recorrente em sua obra) e trabalhará para manter a integridade de suas diversas

---

<sup>43</sup> COMPARATO, Fábio Konder et SALOMÃO, Calixto (filho). *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 555.

<sup>44</sup> WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

instituições<sup>45</sup>. De outro lado, o Estado tirânico reproduziria a tirania em todas as instituições.

Esta distinção pode ser nitidamente exemplificada por meio de comparação entre diversas instituições brasileiras, num primeiro momento, ao tempo do regime ditatorial e, num segundo momento, após a promulgação da Constituição de 1988.

A família, por exemplo, calcava-se no pátrio poder exercido de forma absoluta pelo chefe da família que corporificava os poderes do chefe ditatorial. Hoje, nota-se uma verdadeira democratização do poder familiar, passando a mulher a ocupar posição de destaque, podendo, assim como o homem, compartilhar, ou mesmo exercer isoladamente em determinadas circunstâncias, o exercício do poder no âmbito familiar.

Nas empresas privadas, para citar outro exemplo, a tradição brasileira é a de empresas familiares, em que os donos do poder concentram suas forças, não dando margem para a defesa de outros interesses legítimos na condução das atividades societárias. A evolução pretendida consiste em fortalecer o mercado de capitais, estimulando a democracia acionária no âmbito das empresas.

Com empresas do Estado não foi diferente. A postura do Estado ditatorial se manifesta de forma correlata na condução da vida da empresa estatal, de modo a levar em consideração apenas os interesses secundários do Estado<sup>46</sup>,

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 397.

<sup>46</sup> A distinção entre interesses primários e interesses secundários é explicada por Celso Antônio Bandeira de Mello no seguinte trecho:

*"Interesse público ou primário repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interes-se que a lei consagra e entrega à*

per si, em detrimento de outros interesses que estavam intrinsecamente ligados à atividade exercida pela pessoa governamental.

Hoje o que se propugna, e neste sentido deve ser lida esta dissertação, é a tentativa de imposição de limites ao poder de controle do Estado, priorizando o interesse dos atores envolvidos como um todo na atividade desenvolvida, para que, em última análise, seja cumprida de maneira justa a missão institucional para a qual foi criado o ente governamental.

É o que propõe WALZER em sua obra, na medida em que identifica a existência de várias esferas, tais como a esfera do mercado, do lazer, do trabalho, da educação, da família, da política, dentre outras. Em apertada síntese, o que defende é a observância das regras particulares de cada esfera ou, nas suas palavras “princípios internos a cada esfera distributiva”<sup>47</sup>. A esfera política, por exemplo, tem funcionamento diferente das demais esferas e a dominância de alguém nesta esfera não pode significar, necessariamente, a dominância em outra esfera:

*[...] todo critério que tem qualquer força obedece à regra geral dentro de sua própria esfera, e em nenhum outro lugar. Esta é a consequência da regra: bens distintos para cada grupo por razões*

---

*compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais”*

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 90.)

A distinção entre o interesse primário e interesse secundário pode ser percebida na prática quanto à atuação da advocacia pública e do Ministério Público respectivamente.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 23.

*diferentes e de acordo com métodos específicos. E entender bem tudo isso, ou mais ou menos entendê-lo, é mapear todo o mundo social.*<sup>48</sup>

Estas importantes considerações de WALZER sobre a sociedade em geral podem ser transpostas para o âmbito do poder de controle exercido pelo Estado, de modo a se perceber que a dominância por ele exercida na esfera da empresa estatal não pode significar o esmagamento de outras esferas correlatas. Assim, como se verá adiante, não poderá ignorar os princípios ínsitos à esfera dos trabalhadores da estatal, ou à esfera do mercado, desobedecendo aos princípios concorrenciais, se este for o ambiente em que atua a empresa, ou quaisquer outros princípios atinentes à ordem econômica traçados pelo constituinte de 1988.

Nesta linha, aponta FREDERICO SIMIONATO, no sentido de que as empresas públicas tinham importante função de propulsão econômica das regiões não industrializadas e com pequeno desenvolvimento financeiro e social, mas tal missão foi desvirtuada pelos governos que viam na empresa pública 'uma forma de auferir ganhos políticos com o prejuízo da sociedade e das próprias empresas'.<sup>49</sup>

Impende, assim, domesticar o poder de controle do Estado sobre suas empresas, de modo a cumprir sua função social e atentar para todos os interesses envolvidos. Para isso, alguns pontos cruciais devem ser observados, tal como se passa a demonstrar.

---

<sup>48</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>49</sup> SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *A função social e o controle do poder de controle nas companhias in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 135. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIII, julho-setembro de 2004, p. 95.

## 2.3. A IMPORTÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA ESTATAL COMO LIMITADORA DO PODER DE CONTROLE

A própria Constituição federal de 1988, atenta à questão da administração das empresas estatais, incluiu por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 1998 os seguintes dispositivos no artigo 173:

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

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]*

***IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;***

***V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.***

Nota-se, assim, que da lei que vier a estabelecer o estatuto das empresas estatais constará necessariamente (i) o funcionamento democrático dos órgãos da companhia, de modo a compor os diversos interesses em jogo (item 2.3.1 infra) e, igualmente crucial, (ii) o regramento do comportamento dos administradores (item 2.3.2 infra), em especial os padrões de conduta a serem observados sob pena de responsabilização.

### 2.3.1. A COMPOSIÇÃO DOS ÓRGÃOS E INTERNALIZAÇÃO DOS INTERESSES NA EMPRESA ESTATAL

CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>50</sup> em artigo sobre o conflito de interesses na sociedade anônima confirma o entendimento de que o conflito entre os vários interesses envolvidos pela sociedade (sócios, credores, trabalhadores, comunidade, etc.) é co-natural a ela mesma.

A alternativa para a composição destes conflitos deve passar por soluções orgânicas (estruturais), isto é, deve-se encarar com naturalidade a existência de esferas de interesses diferenciadas e incorporá-las nos órgãos da companhia. A própria Constituição, ao prever o estatuto das empresas estatais, cuidou de determinar a “constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários” (art. 173, §1º, IV).

O espírito da solução orgânica tem como marco inicial o estudo de RONALD COASE sobre a natureza da empresa (“*Nature of the Firm*”), segundo o qual a principal função da empresa é justamente eliminar as incertezas e conflitos que provêm das relações de mercado.

Além da teoria de COASE, desenvolveu-se na Alemanha a teoria institucionalista que também enxergava na empresa a forma de solução de conflitos. Num primeiro momento, o institucionalismo caracterizou-se pelos estudos de

---

<sup>50</sup> SALOMÃO, Calixto Filho. *Conflito de Interesses: a Oportunidade Perdida in* LOBO, Jorge (org.). *Reforma da Lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 345

RATHENAU que identificava em cada grande sociedade um instrumento para o renascimento econômico do país.

A evolução desta teoria consiste no institucionalismo organizativo (ou integracionista) que desenvolve a idéia de reconhecer os vários interesses envolvidos pela sociedade e propor a composição entre eles a partir da sua internalização e posterior integração.

Partindo-se, assim, das idéias defendidas pelo institucionalismo organizativo, caminha-se para uma verdadeira *democracia acionária* na qual todos os interesses são levados em conta e a própria administração internaliza os conflitos existentes por meio da composição representativa de seus órgãos, conforme se observa dos ensinamentos de ARNOLD WALD na seguinte passagem:

*No plano estatal, como no plano societário, a democracia ainda é o melhor dos regimes. A dificuldade do bom funcionamento da democracia societária consiste no fato de ser necessário avaliar e comparar realidades e interesses heterogêneos, que estão sendo o objeto da presente reunião: interesse da sociedade, do controlador, do minoritário, do acionista preferencial, do credor, do trabalhador, do consumidor, do Estado. Há, pois, um elemento ético e jurídico que deve prevalecer, sem que se possa deixar de levar em conta a realidade econômica, sob pena de se estruturar uma regulamentação excelente, mas inconsistente com o desenvolvimento econômico.*<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> WALD, Arnoldo. *Interesses Societários e Extra-societários na Administração das Sociedades Anônimas: A Perspectiva Brasileira*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 55, 1984, p. 11.

Há que se observar, no entanto, a crítica que alguns autores, como FÁBIO ULHOA COELHO, fazem a respeito da comparação com o regime democrático:

*“A prevalência da vontade da maioria é inegavelmente um valor da organização democrática das relações entre os homens, produto da evolução racional da espécie humana, conquista histórica. Quando, porém, a maioria é medida pelo tamanho da contribuição, em recursos materiais, de cada pessoa, a regra deixa de ser democrática. [...] A vontade do sócio que mais contribui para a formação do capital social da sociedade [...] deve ter (e tem) maior influência sobre os rumos da empresa do que os demais. **As relações intra-societárias, em suma, são antidemocráticas.**”* [Grifos nossos]

(COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial vol. 2*. 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 360)

O caminho da democracia acionária visa, portanto, a evitar a tirania controlador que tem como consequência o chamado *efeito-entrincheiramento* que consiste no pressuposto de que, quanto maior o poder de controle do acionista, maior probabilidade de ele expropriar os recursos dos demais acionistas, através da tomada de medidas que traga benefícios próprios.

No caso das empresas estatais, o efeito-entrincheiramento se manifesta em práticas inconsistentes por parte do Estado-controlador que, a pretexto de perseguir o interesse público (conceito exterior à sociedade e de difícil objetivação conforme se abordará em seguida), passa a orientar as atividades sociais em benefício dele próprio ou, o que é mais danoso ainda, em prol de interesses particulares alheios à função social a ser cumprida pela empresa estatal.

É neste sentido que MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, ao comentar a respeito das sociedades de economia mista especificamente (que a doutrina francesa identifica como *partenariat structurelle*), observa que “tal noção [de poder de controle] não significa dizer que a manifestação dos demais acionistas possa ser aniquilada por esse poder de controle que o Estado tem, já que se está falando de uma parceria”. Acrescente-se, além dos interesses dos acionistas minoritários os demais interesses a serem abordados nos capítulos 3 e 4.

Exemplo de participação democrática no governo das estatais é a lei francesa de democratização do setor público<sup>52</sup> que, por previsão expressa, se

---

A linha de comparação aqui desenvolvida, contudo, não se prende à questão da influência dominante em razão de participação acionária majoritária. O enfoque consiste em considerar os outros interesses envolvidos, ainda que minoritários ou mesmo extra-societários, aproximando-o do ideal democrático.

<sup>52</sup> Lei n°83-675 de 26 de julho de 1983 ('Loi relative à la démocratisation du secteur public'). Interessante o aprofundamento dos detalhes da referida lei a partir do julgamento da Corte Constitucional daquele país (Conseil Constitutionnel), cujo controle prévio, como é característico daquele país, ocorreu na Decisão n° 83-162 DC de 20 de julho de 1983 (disponível no site <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1983/83162dc.htm>).

aplica às “sociedades de economia mista ou sociedades anônimas em que o Estado detenha diretamente mais da metade do capital social”<sup>53</sup> e na qual são previstas as seguintes medidas na linha do institucionalismo integracionista:

*Titre II : Démocratisation des conseils d'administration ou de surveillance.*

*Chapitre 1er : Composition et fonctionnement des conseils.*

*Article 5. Dans les établissements publics mentionnés au 1 de l'article 1er d'une part, et, d'autre part, dans les entreprises mentionnées au 3 du même article dont plus de 90 p. 100 du capital est détenu par des personnes morales de droit public ou par des sociétés mentionnées à l'article 1er, [...] le conseil d'administration ou de surveillance comprend:*

*1° des représentants de l'Etat nommés par décret et, le cas échéant, des représentants des autres actionnaires nommés par l'assemblée générale ;*

*2° des personnalités choisies, soit en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique, soit en raison de leur connaissance des aspects régionaux, départementaux ou locaux des activités en cause, soit en raison de leur connaissance des activités publiques et privées concernées par l'activité de l'entreprise, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, nommés par décret pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs desdites activités ;*

*3° des représentants des salariés, élus dans les conditions prévues au chapitre II.<sup>54</sup> [grifos nossos]*

Percebe-se, com efeito, que a lei francesa acima mencionada é orientada pela máxima medieval segundo à qual “o que toca a todos deve ser

---

<sup>53</sup> « sociétés d'économie mixte ou sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social » (art. 1°, n. 2)

<sup>54</sup> Em tradução livre:

*Título II : Democratização dos conselhos de administração e fiscal:*

*Capítulo 1º: Composição e funcionamento dos conselhos.*

*Artigo 5º. Nas empresas públicas mencionadas no artigo 1º de um lado, e, de outro lado, nas empresas mencionadas no parágrafo 3º do mesmo artigo cujo capital seja detido de 90 a 100 por cento por pessoas jurídicas de direito público ou por sociedades mencionadas no artigo 1º, [...] o conselho de administração ou fiscal serão compostos por:*

*1º representantes do Estado nomeados por decreto e, se for o caso, representantes dos outros acionistas nomeados pela assembleia geral;*

*2º pessoas escolhidas, seja em razão de sua competência técnica, científica ou tecnológica, seja em razão de seu conhecimento dos aspectos regionais, distritais ou locais das atividades em causa, seja em razão de seu conhecimento das atividades públicas e privadas concernentes à atividade da empresa, seja em razão de sua qualidade de representante dos consumidores ou usuários, nomeados por decreto editado, se for o caso, depois de consulta aos organismos representativos de ditas atividades;*

*3º representantes dos empregados, eleitos nas condições previstas no capítulo 2.*

decidido por todos”<sup>55</sup>. O ordenamento brasileiro encontra bom exemplo nesta legislação estrangeira para a elaboração do estatuto das sociedades empresárias estatais previsto no artigo 173 da Constituição federal.

### 2.3.2. O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E O DIFERENCIAL PARA OS ADMINISTRADORES DE EMPRESAS ESTATAIS

Num primeiro momento, a doutrina desenvolveu a tese segundo a qual os administradores ocupariam posição semelhante à dos pais perante os filhos menores, ou do mandatário em relação ao mandante, representando a companhia e, sendo assim, manifestando a vontade no lugar da sociedade.

Esta tese deu lugar à teoria orgânica pela qual os administradores não substituiriam a vontade da sociedade, mas sim a expressariam. Esta nova orientação foi encampada e desenvolvida por PONTES DE MIRANDA que cunhou a expressão ‘*presentação*’:

*Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas **presentação**. O ato do órgão não entra no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu.*<sup>56</sup> [grifos nossos]

---

<sup>55</sup> WALZER, op. cit., p. 399.

<sup>56</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, Tomo 3, Parte Especial, p. 333 *apud* PARENTE, Flávia. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 31.

Cada órgão expressa a vontade da pessoa jurídica da sociedade nos limites da sua competência, tal como o direito público já havia sedimentado. Tragam-se, a este respeito, as lições de HELY LOPES MEIRELES sobre a teoria orgânica que se aplica tanto à administração pública quanto privada:

*“Os órgãos integram a estrutura do Estado e das demais pessoas jurídicas como partes desses corpos vivos, dotados de vontade e capazes de exercer direitos e contrair obrigações para a consecução de seus fins institucionais. Por isso mesmo, os órgãos não têm personalidade jurídica nem vontade própria, que são atributos do corpo e não das partes, mas na área de suas atribuições e nos limites da sua competência funcional expressam a vontade da entidade a que pertencem e a vinculam por seus atos manifestados através de seus agentes.”<sup>57</sup>*

Os administradores, portanto, como órgãos devem adotar padrões de conduta de forma a atender os objetivos para os quais foi criada a sociedade. A própria lei acionária (Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976) prevê em seu artigo 153 que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, **o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios**” [grifos nossos].

Percebe-se, com isso, que a lei adotou o parâmetro do *bonus pater familias* que, conforme ensina FLÁVIA PARENTE<sup>58</sup>, é composta de dois elementos: de um lado, o padrão do pai de família que remete ao modelo de homem não técnico, sem conhecimentos especializados, em contraposição ao *expert* (perito); de outro, o adjetivo “bom”, indicando o grau médio de conduta, como pretende ser aquele atribuído aos cidadãos responsáveis.

---

<sup>57</sup> MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 58.

<sup>58</sup> PARENTE, Flávia. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005, p. 43.

Este padrão do bom pai de família, entretanto, sofre duras críticas como as considerações de FRAN MARTINS<sup>59</sup>, segundo quem são insuficientes os cuidados de um homem ativo e probo para o desempenho da função de dirigente nas companhias. Assim sendo, segundo este comercialista, não basta que o administrador seja cuidadoso e diligente, mas sim que adicione a competência profissional específica, que pode ser aferida de acordo com as regras previstas na ciência da administração de empresas.

Cite-se, neste aspecto, o exemplo português que evoluiu no sentido das observações de FRAN MARTINS, pois decorre do art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais português que "os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um **gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores**" (grifos nossos). A aferição da conduta do gestor deverá, assim, ser levada a cabo por meio da análise de uma situação concreta, tendo em vista o tipo de sociedade, a sua dimensão e estrutura, o setor de atividade, os recursos financeiros, o grau de autonomia, o grau de preparação profissional do agente, dentre outros fatores.

Os Estados Unidos adotam na maioria dos Estados-membros legislação que exige que "cada membro do conselho de administração, quando desempenhando seus deveres como administrador, deve atuar: (1) com boa-fé; (2) com o cuidado que uma pessoa razoavelmente prudente, em posição semelhante,

---

<sup>59</sup> MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. 2, t.1, p. 362

teria em circunstâncias parecidas; e (3) convencido de estar agindo de forma a melhor atender aos interesses da companhia”<sup>60</sup>.

Interessante notar, tal como noticia FLAVIA PARENTE, que foi suprimido o item 2 da legislação estadunidense que se reportava ao padrão de “*pessoa razoavelmente prudente*”, justamente para afastar a associação ao *standard* de bom pai de família que se mostrou insuficiente para o desempenho das atividades de administrador.

Com efeito, torna-se essencial verificar a maneira pela qual os administradores decidiram, em lugar de se adentrar no conteúdo, vale dizer, no mérito da sua decisão. Os americanos utilizam a expressão *business judgment rule* para designar justamente este mecanismo de não examinar a conveniência e oportunidade da decisão do gestor:

*The business judgment rule has offered a safe harbor for director or officer who make honest, informed business decisions that they rationally believe are in the best interests of their corporations.*<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> No original do *Model Business Corporation Act*, de 1984:

Subchapter C – DIRECTORS

§ 8.30

STANDARDS OF CONDUCT FOR DIRECTORS

(a) Each member of the board of directors, when discharging the duties of a director, shall act:

(1) in good faith;

(2) with the care an ordinarily prudent person in a like position would exercise under similar circumstances; and

(3) in a manner the director reasonably believes to be in the best interests of the corporation;

<sup>61</sup> PARENTE, Flávia. Op. cit. p. 76, com a seguinte tradução livre:

“A regra de julgamento do negócio tem representado um porto seguro para os conselheiros e diretores que tomam decisões de negócios honestas e fundamentadas em informações, as quais eles racionalmente acreditam representar os melhores interesses de suas companhias”.

No caso da administração das empresas do Estado, o padrão a ser exigido deve ser ainda mais rigoroso que o adotado para o setor privado. Isto porque, além do conhecimento profissional específico, o gestor público deve adicionar as qualidades que o façam cumprir o *dever de boa administração*<sup>62</sup>, sem deixar, por exemplo, que a esfera política contamine de forma indesejada os rumos necessários para que seja cumprida a função social da criatura criada pelo Estado.

Os critérios para aferição do cumprimento dos deveres dos dirigentes das empresas estatais tornam-se, assim, necessariamente mais rígidos do que aqueles adotados para uma empresa do setor privado. Além disso, há que se perquirir, por exemplo, o porte da estatal, ou mesmo se está convivendo num ambiente monopolístico ou concorrencial para extrair-se o conjunto de fatores necessários que irão balizar a conduta dos dirigentes.

---

<sup>62</sup> A Constituição, no capítulo destinado à Administração Pública, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19 de 04/06/98, previu expressamente o **princípio da eficiência** como regedor de suas atividades no artigo 37, *caput* e que funciona como matriz para o dever de boa administração:

*'A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:'*

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA em artigo na Revista de Direito Administrativo n.º 220 (p. 173), intitulado "*Eficiência Administrativa na Constituição Federal*", confirma este entendimento ao explicar que:

*"a eficiência, a nosso ver, constitui sim princípio jurídico da Administração Pública, que, junto aos demais princípios constitucionais do regime jurídico-administrativo, **impõe o dever de boa administração**. Não se pode conceber uma **Administração Pública** que não tenha a obrigação de ser **diligente e criteriosa** na busca e efetivação do interesse público consagrado em lei"*

[Grifos nossos]

Ressalte-se, por fim, a legislação infraconstitucional do processo administrativo (Lei n.º 9.784/99) que incorpora este princípio, dispondo em seu artigo 2º que a 'Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e **eficiência**.'

Há que se registrar, no entanto, o entendimento com o qual não concordamos, segundo o qual, a previsão do princípio da eficiência seria supérflua, conforme se nota dos comentários CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

*"Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto".*

(MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 75.)

Não à toa os dirigentes das empresas estatais ficam sujeitos ao mandado de segurança quando exerçam funções delegadas do Poder Público (CF art. 5º, LXIX), à ação popular por lesão ao patrimônio público (CF, art. 5º, LXXIII), à ação por improbidade administrativa (Lei 8.429/92, arts. 1º e 2º) e à ação penal por crimes praticados contra a Administração Pública (CP, art. 327, parágrafo único), além das previsões na legislação societária.

O legislador infraconstitucional terá oportunidade de implementar padrões mais rígidos dos que os previstos na legislação societária comum para que o gestor público, no caso das empresas sob o poder de controle do Estado, possa bem desempenhar sua função pública.

## **2.4. O MITO DA SUPREMACIA INCONDICIONAL DO INTERESSE PÚBLICO**

Ainda que estivessem tratando das companhias privadas, os economistas BERLE e MEANS já apontavam as dificuldades em se perquirir os objetivos do controlador:

*Não é tão fácil descobrir os interesses do controle. Será que deseja levar a companhia a produzir o lucro máximo com o risco mínimo? Será que deseja distribuir esse lucro entre os proprietários de forma generosa e eqüitativa? E será que deseja manter as condições de mercado favoráveis ao investidor? A tentativa de responder a essas questões levantaria todo o problema relativo à natureza do fenômeno do "controle".<sup>63</sup>*

---

<sup>63</sup> BERLE, Adolf A. et MEANS, Gardiner C. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ed. Victor Civita, 1984, p. 124

Com relação ao Estado controlador, uma dificuldade a mais se coloca, pois, a qualquer momento, pode vir à tona o conceito jurídico indeterminado de atendimento ao *interesse público* para justificar todo o tipo de condutas, inclusive as que transbordem os limites da razoabilidade.

NOEL STRUCHINER em sua obra “Direito e Linguagem – Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito” traz uma relevante contribuição, neste ponto, ao sistematizar a doutrina de HERBERT LIONEL ADOLPHOUS HART, tendo como base a obra ‘*The Concept of Law*’ em que o autor adota a noção de **textura aberta da linguagem** (“*open texture*”) aplicada ao Direito, seguindo a tradição de WAISMANN que tratou da textura aberta para a linguagem em geral.

A aplicação da lição de WAISMANN para o Direito é resumida por NOEL STRUCHINER no seguinte trecho:

*“[...] sempre podem surgir certas situações particulares que façam com que o juiz tenha que definir melhor ou refinar a regra no momento em que deve decidir sobre a sua aplicação ou não. Esse processo de definição e refinamento das regras jurídicas é contínuo, já que sempre é possível o surgimento de novos casos não antecipados que se encontram na penumbra da regra. A possibilidade do surgimento desses casos de penumbra demonstra que a regra mais precisa pode se tornar vaga.”<sup>64</sup>*

Por isso SCHAUER afirma que “a mais precisa das regras é potencialmente imprecisa”, pois temos um conhecimento imperfeito de um futuro que está em constante modificação e, com isso, as regras são incapazes de dar conta de todos os fatos que podem surgir.

---

<sup>64</sup> STRUCHINER, Noel. Direito e Linguagem – Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito. Editora Renovar. Biblioteca de Teses. Rio de Janeiro, 2002, p. 97.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico francês, por exemplo, antevendo as dificuldades e incertezas que os conceitos jurídicos indeterminados causam, optou por tentar circunscrever melhor os contornos dos conceitos vagos de ‘segurança nacional’ e ‘ordem pública’ em determinadas situações. A lei para a confiança e modernização da economia (“*loi pour la confiance et la modernisation de l’économie*”), em especial o título terceiro que trata da confiança a ser passada para os investidores (*‘Titre III – Simplifier l’accès au marché et renforcer la confiance des investisseurs’*), determinou a elaboração de uma lista a ser fixada por decreto, definindo a *‘liste des secteurs potentiellement concernés en raison de leur lien étroit avec les notions d’ordre public et de sécurité nationale sera désormais fixée de manière exhaustive par décret*<sup>65</sup>.

O conceito de interesse público estaria, assim, dentro dos chamados “casos de penumbra” (*penumbra of doubt*) em que não há uma definição clara e de antemão acerca do sentido e alcance da expressão<sup>66</sup>.

Questiona-se, assim, se o Estado Democrático de Direito, inclusive na sua manifestação na Administração Pública indireta, tem a seu favor a incondicional

---

<sup>65</sup> “*Lista dos setores potencialmente referidos devido à sua relação estreita com as noções de ordem pública e de segurança nacional doravante será fixada de maneira exaustiva por decreto*” [tradução livre].

Notícia acessada em 28/09/2005, veiculada pelo site [http://www.lexisnexis.fr/depeches/index2.jsp?date\\_new=2005-09-21&url\\_key=/data/20092005/20092005-101450.html&jour\\_jo=Mercredi](http://www.lexisnexis.fr/depeches/index2.jsp?date_new=2005-09-21&url_key=/data/20092005/20092005-101450.html&jour_jo=Mercredi)

<sup>66</sup> Os conceitos jurídicos trazem, por si sós, grande indeterminação. A este respeito vale chamar atenção para a denominada “**virada lingüística**” (“*lingüistic turn*”) com WITTGENSTEIN, denotando a preocupação da Filosofia com a linguagem e com reflexos importantes na área do Direito. É neste contexto que surge a questão da **textura aberta** (“*open texture*”, expressão equivalente a “porosidade dos conceitos” na tradução literal da expressão alemã “porosität der begriffe”) da linguagem jurídica:

“*O direito instaura modelos de comportamento que inevitavelmente envolvem uma parte de indeterminação e que, deste fato, não podem se auto-aplicar, a não ser através de uma interpretação cuja chave eles próprios não fornecem*”

(PICAVEL, Emmanuel. *Kelsen et Hart. La Norme et la conduite*. Paris : Presses Universitaires de France, 2000, p. 126 *apud* STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem. Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Biblioteca de Teses Renovar, 2002, p. 33.)

articulação do princípio da supremacia do interesse público ou se, de outro lado, podem ser contrapostos a este postulado outros princípios, em especial os que tutelem direitos e garantias fundamentais dos indivíduos<sup>67</sup>.

O princípio da supremacia do interesse público está muito arraigado na tradição brasileira, podendo ser ilustrado pelo seguinte trecho do relatório do Ministro Ubiratan Aguiar do Tribunal de Contas da União que orientou a Decisão n.º 663/2002 do plenário daquela corte, em que foi abordado o tema de sua preponderância sobre o particular:

*A preponderância do interesse público sobre o particular e a sua indisponibilidade são ícones inafastáveis na atuação do administrador público, e não se externam apenas nas cláusulas exorbitantes de um contrato administrativo. Entre as diversas formas de sua exteriorização, está a cogente imposição de procedimentos a serem adotados quando se trata da lida com o recurso público, seja contra desmandos seja para evitar danos causados pela inoperância do administrador. Há o costume de se identificar casos de ocorrência da supremacia do interesse público apenas quando a Administração obriga ao particular a ela não vinculado. No entanto, essa visão é por demais acanhada ante a grandeza desse princípio. A supremacia do interesse público é exercida também em relação aos entes integrantes da Administração Pública que possuem personalidade jurídica própria, mesmo esse agindo como ente privado. Não é apenas por deter, direta ou indiretamente, o controle acionário que a União pode ditar a voga na gestão dessas empresas. Olhando com esses olhos, estaríamos diante do disparamento [sic] de ser, em tese, possível que as suas ações não obedecessem à orientação, à coordenação e à supervisão por parte do Ministro de Estado de sua área de atuação, visto que seria possível a uma empresa estatal exercer livremente sua vontade própria, absolutamente descompromissada e independente. Antes que se levantem vozes a clamar que isso não seria possível por contrariar o art. 87, parágrafo único, I, da Constituição Federal, afirmamos que a impossibilidade se dá ainda em nível mais elevado. Ao se admitir tal disparate, violentar-se-ia o princípio constitucional da supremacia do interesse público, que permeia e informa todo o sistema, inclusive o artigo retrocitado e as ações dos ministros. Acresça-se a isso a lembrança de que o interesse público é o da sociedade.*

---

<sup>67</sup> Na explicação de GUSTAVO BINENBOJM:

*[...] a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados como metas ou diretrizes da Administração Pública. Conseqüentemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também na de um interesse eminentemente individual. É o caso, v. g., da manipulação do aparato policial em defesa de um cidadão, situação que prestigia o valor segurança individual.*

BINENBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo paradigma para o Direito Administrativo in* SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 128

Embora seja fundamental uma administração democrática e eficiente, o postulado da supremacia do interesse público não legitima o exercício do poder de controle do Estado sobre suas empresas, que deve ser orientado sempre pelos princípios constitucionais.

Cumpra esclarecer este ponto, já que no caso das empresas estatais, o artigo 238 da Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976 prevê a atuação orientada pelo interesse público:

*A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.*

Há, sem dúvida, a condução das atividades econômicas orientadas pelo interesse público, mas torna-se imprescindível a observância dos outros interesses em jogo para que se tenha uma concordância prática de todos ao final. Não se pode falar em supremacia em abstrato, mas sim em ponderação em concreto conforme o caso demande uma orientação que se aproxime ou distancie do vetor do interesse público, em função dos demais vetores igualmente tuteláveis.

Observe-se, ainda, que o texto da Lei de Sociedades Anônimas orienta o controlador da empresa estatal a exercer as atividades em função do interesse público, mas a Constituição federal de 1988, sendo posterior a ela, adota a linha de atrelar a atuação da estatal ao “relevante interesse coletivo” que justificou a sua criação (vide, neste aspecto, o artigo 173 *caput* da Constituição)<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Abordando a diferença entre interesse público e interesse coletivo, FRANCISCO CAMPOS (apud BRITTO DAVIS, M. T. de Carvalho, op. cit., p. 164) tece as seguintes considerações:

*“Podem ser **interesses coletivos, não serão interesses públicos**, pois entre o coletivo e o público existe profunda diferença, que reside, precisamente, no **caráter político próprio deste e ausente daquele**. Daí o fato de que a gestão de interesses coletivos pode fazer-se sem poderes ou capacidade*

HUMBERTO ÁVILA em recente artigo intitulado “*Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular*”<sup>69</sup>, observa com propriedade que a supremacia do interesse público não pode ser tida como um postulado, já que, “os interesses privados consistem em uma parte do interesse público”.

Além disso, não há como obter uma prioridade em abstrato deste ‘princípio’ da supremacia do interesse público, devendo haver regras condicionais concretas de prevalência (variáveis segundo o contexto).

*A ponderação deve, primeiro, determinar quais os bens jurídicos envolvidos e as normas a eles aplicáveis e, segundo, procurar preservar e proteger, **ao máximo**, esses mesmos bens. Caminho bem diverso, portanto, do que direcionar, de antemão, a interpretação das regras administrativas em favor do interesse público, o que quer que isso possa vir a significar..*<sup>70</sup>

[Grifos do original]

Importante deixar claro, entretanto, que não se propõe a desconsideração do interesse público. Ao contrário, deve-se ter em mente que ele é o principal vetor que irá formar o vetor resultante, mas há outros interesses que devem ser ponderados para que a formação do vetor resultante não caminhe apenas em função da observância cega ao interesse público.

---

*de direito público, ao passo que a de interesses públicos implica a possibilidade do emprego de processos ou de poderes de direito público, isto é, do emprego de meios coativos no caso em que as vontades ou os interesses individuais não se inclinam espontaneamente diante do caráter público dos interesses em causa”.*

[Grifos nossos]

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. *Repensando o ‘Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular’*. In SARMENTO, Daniel (Organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005.

<sup>70</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.* p. 215.

Dito de outra maneira, pode-se considerar o próprio interesse público como o vetor resultante, composto de diferentes interesses (os denominados ‘*stakeholders*’) legitimamente tuteláveis.

Em lugar de contradição entre interesses privados e o interesse público, haveria uma *conexão estrutural*, tal como sustenta ÁVILA, de modo a considerá-los inseparáveis e “a prevalência de um sobre outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos”<sup>71</sup>. Não há, deste modo, prevalência entre um e outro, desautorizando-se a utilização de um princípio de *supremacia*.

O Superior Tribunal de Justiça, embora tratando de uma autarquia especial (agência reguladora) e, portanto, pessoa jurídica de direito público, adotou esta linha de pensamento ao ponderar os demais interesses em questão, não apenas o interesse público:

ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO ATIVO A RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE MEDICAMENTOS COM FÓRMULAS INSCRITAS NA FARMACOPÉIA BRASILEIRA. PRODUTOS FITOTERÁPICOS. ISENÇÃO. LIMINAR DEFERIDA.

[...]

**4. Não se pode atribuir conotação maniqueísta e discriminatória aos interesses comerciais da empresa requerente, tão-só porque confrontados, na espécie, com os sagrados princípios que dizem o direito à vida e à saúde da população brasileira, dos quais se coloca como guardiã a Agência requerida.**

**5. Por mais sensível que seja o tema, não pode o julgador partir do pressuposto de que são inconciliáveis os direitos e interesses debatidos na lide, sob pena de restar comprometida a realização da justiça.**

(Agravo Regimental na Medida Cautelar n.º 6146/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha da Segunda Turma, publicado no DJ 29.09.2003, p. 172).

---

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. *Op. cit.*, p. 141.

O caso pode ser transposto à situação da empresa estatal, em relação à qual não poderia o Estado-controlador justificar condutas lesivas aos demais acionistas, por exemplo, com base na observância cega do suposto princípio da supremacia incondicional do interesse público.

## **2.5. A ESTABILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES POR MEIO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

As relações intra e extra societárias não são estabilizadas, portanto, pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público. Ao contrário, propõe-se a concordância prática entre os interesses envolvidos e um critério de solução para a interação entre eles.

Para a estabilização das relações intrassocietárias devem ser lembrados os direitos previstos na própria legislação societária, tais como os direitos essenciais à informação que os acionistas detêm (a ser desenvolvido de forma mais ampla para as empresas estatais no capítulo 4) ou o direito de recesso nas hipóteses legalmente previstas, dentre outros.

Além, e até mesmo antes desses direitos, cumpre efetivar-se o *princípio da proporcionalidade* no exercício do poder de controle por parte do Estado. A pessoa jurídica de direito público controladora deve sempre pautar sua conduta por medidas adequadas, necessárias e proporcionais (em sentido estrito)

em relação aos demais interesses envolvidos, para encontrar o “ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas”<sup>72</sup>.

O voto vencedor proferido pelo Ministro GILMAR MENDES, do Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Intervenção Federal nº 2.915-5/SP, sinaliza para o importante precedente na aplicação do princípio da proporcionalidade, nos seguintes termos:

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do **princípio da proporcionalidade**, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se **adequado** (isto é, apto para produzir o resultado desejado), **necessário** (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e **proporcional em sentido estrito** (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário. (DJ 28/11/2003, p. 11.)

O princípio da proporcionalidade, que é decorrência do correto funcionamento do Estado Democrático de Direito, tal como previsto na Constituição federal em seu artigo 1º, exige da Administração Pública a observância de todos os interesses envolvidos para uma atuação justa.

---

<sup>72</sup> BINENBOJM, idem, p. 164.

## **CAPÍTULO 3 – O INTERESSE DOS EMPREGADOS COMO MODULADORES DO PODER DE CONTROLE**

Antes de se adentrar na função moduladora cumprida pelo interesse dos colaboradores da empresa estatal, cumpre apontar as principais características do regime estatutário (item 3.1) e do regime celetista da Administração direta e autárquica (item 3.2) para se poder delinear a posição do emprego no contexto das pessoas governamentais de direito privado.

### **3.1. CARGOS vs. EMPREGOS**

O regime para os **ocupantes de cargo** é marcado pela impessoalidade, sendo um regime unilateral, no qual o servidor adere a determinadas condições impostas por lei e que podem ser alteradas somente pela Administração. Diz-se, por isso, que é um regime institucional, inserido no campo do Direito Administrativo onde há nítida desigualdade jurídica em razão do princípio da

supremacia do Estado. Os conflitos de interesses surgidos da relação estatutária são julgados pela Justiça não especializada (Federal ou Estadual).

Quanto à recente ampliação da competência trabalhista por meio da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de não se aplicar aos servidores a competência da Justiça do Trabalho. Tal decisão ocorreu no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade proposta pela AJUFE – ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS (Adin n.º 3395), em que o ministro Nelson Jobim concedeu liminar suspendendo qualquer interpretação dada ao artigo 114 da Constituição Federal relativo à competência da Justiça do Trabalho na apreciação de causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários:

*A não inclusão do enunciado [...] em nada altera a proposição jurídica contida na regra. [...] não há que se entender que a justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela lei 8112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. [...] em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inc. I do art. 114 da Constituição Federal, na redação da EC nº 45/04. suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inc. I do art. 114 da Constituição Federal, na redação dada pela EC 45/04, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a "...apreciação ... de causas que... sejam instauradas entre o poder público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem..."<sup>73</sup>*

O **regime celetista**, de outro lado, tem como característica marcante a **pessoalidade** na prestação dos serviços, sendo um regime contratual e, em virtude disto, não pode ser alterado unilateralmente. Além disso, embora as partes não sejam economicamente iguais, já que o empregado é hipossuficiente face ao

---

<sup>73</sup> Decisão no julgamento da ADIN n.º 3.395 proferida em 01/02/2005 e disponível no site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

poderio econômico da empresa contratante, há igualdade jurídica. Por estarmos no âmbito privado, a autonomia da vontade tem ampla margem de manobra e os conflitos são decididos pela Justiça do Trabalho.

Enquanto neste último qualquer mudança contratual necessita da aquiescência da outra parte, no regime estatutário<sup>74</sup> há verdadeira unilateralidade, pois a alteração da lei acarretará a imediata observância por parte dos servidores, sem que estes possam oferecer oposição. Foi o que ocorreu, por exemplo, com o advento da Lei n.º 9.527/97 que alterou muitos dispositivos da Lei n.º 8.112/90.

Um outro ponto curioso a respeito do regime estatutário foi a motivação econômica para a unificação dos ambos os regimes em 1988. A Exposição de Motivos que acompanhou o projeto da Lei n.º 8.112/90 assim justificava as mudanças a serem implementadas à época:

*A mudança de regime, para os antigos Celetistas, acarretará para o Tesouro Nacional o ônus de suas aposentadorias em valor integral, ressarcido, todavia, pela Previdência Social da parcela correspondente ao período de contribuição do servidor.*

*Em contrapartida, essa transformação implicará redução das despesas do Tesouro com os encargos sociais pagos ao IAPAS e ao FGTS, estimadas em 23,5% da Folha de pagamento dos atuais Celetistas. Adicionalmente, o Tesouro terá ingressos por conta da contribuição previdenciária de 5% dos funcionários incluídos no novo Regime.*

Ironicamente, hoje toma-se emprestado o mesmo argumento econômico para justificar o fim do regime único. O antagonismo está retratado na Exposição de Motivos da Lei n.º 9.962/00:

*“Essa fórmula [adoção do regime celetista] confere maior flexibilidade à relação de emprego no âmbito do Estado, a par de transferir ao regime previdenciário comum os servidores regidos pela legislação*

---

<sup>74</sup> A expressão “regime estatutário” é, na realidade, interpretação nossa, com base na tradição legislativa e doutrinária anterior, de vez que o regime jurídico funcional, desde o Decreto-lei n.º 1.713, de 28.10.39, sempre se consubstanciou em um “Estatuto dos Funcionários Públicos Civis”.

*trabalhista. Tais vantagens representam considerável economia para as finanças públicas, em momento crucial de ajuste de contas, dado o déficit elevado da previdência do setor público, incapaz de se autosustentar, por falta estrutural de concepção.”*

Erros cometidos no passado que comprometeram a previdência acabam justificando uma guinada de cento e oitenta graus para solucioná-lo. O art. 243 da Lei nº 8.112, de 1990, por exemplo, tem merecido tratamento implacável por haver transformado servidores não concursados que haviam sido admitidos pela legislação trabalhista em detentores de cargos públicos, independentemente do tempo de serviço que tivessem (art. 243 e § 1º). Garantiu-se, portanto, a aposentadoria do regime estatutário. Os efeitos deste mau planejamento podem ser sentidos hoje com um número de aposentadorias maior do que o sistema pode absorver.

### **3.2. EMPREGO NA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E AUTÁRQUICA**

Antes da Constituição de 1988 a Administração direta já havia convivido com os regimes celetista e estatutário<sup>75</sup> simultaneamente. A Constituição de 24 de janeiro de 1967 previa o seguinte:

*Art. 104. Aplica-se a **legislação trabalhista** aos **servidores** admitidos **temporariamente** para obras, **ou contratados para funções de natureza técnica ou especializada.**”*

---

<sup>75</sup> A Lei n.º 1.711, de 28 de outubro de 1952 regulava o antigo Estatuto dos Servidores.

O Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, acompanhando o mandamento constitucional da época, assim determinava:

*Art. 96. Nos termos da **legislação trabalhista**, poderão ser contratados **especialistas** para atender às exigências de **trabalho técnico**, em institutos, órgãos de pesquisa e outras entidades especializadas da **Administração Direta ou autarquia**, segundo critérios que, para esse fim, serão estabelecidos em regulamento.*

*Art. 97. Os Ministros de Estado, mediante prévia e específica autorização do Presidente da República, poderão contratar os **serviços de consultores técnicos e especialistas por determinado período**, nos termos da **legislação trabalhista**.*

Tal como alerta GILBERTO GUERZONI FILHO<sup>76</sup>, a adoção do regime celetista ganhou tamanha proporção<sup>77</sup> a partir da Lei. n.º 6.185, de 11.12.74, introdutora no serviço público federal do hibridismo de regimes jurídicos que levou o constituinte de 1988 à uniformização que denominou de regime jurídico único, no art. 39 originário da Constituição federal de 1988.

Esta utilização indiscriminada do regime da CLT para a administração pública acabava por onerar o Estado em excesso em razão dos encargos sociais que este regime acarretava (vide Exposição de Motivos da Lei n.º 8.112/90 transcrita acima), além do inconveniente da manutenção de dois regimes diferentes ao mesmo tempo.

Além de custosa a manutenção do regime celetista, a doutrina critica a sua utilização por ser incompatível com a função a ser exercida pelo servidor.

---

<sup>76</sup> GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei n. 9.962, de 22 de fevereiro de 2000. A Contratação de Servidores pela CLT. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º. 2, maio, 2001, p.5. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 20 de dezembro de 2002.

<sup>77</sup> Segundo o autor, no momento da implantação do regime jurídico único pela Lei n.º 8.112/90 dos cerca de 700.000 servidores civis ativos da União, não mais de 150.000 ainda eram regidos pela Lei 1.711/52 (estatutários).

ADILSON ABREU DALLARI, por exemplo, é enfático ao ressaltar a incompatibilidade deste regime para a administração pública:

*A utilização da CLT pela administração direta e autárquica é uma aberração. Isso só ocorreu no passado em face da errônea crença de que, adotando o regime celetista, o governante (como qualquer dono de empresa privada) poderia contratar pessoal à vontade, sem limitação quanto ao número e sem necessidade de concurso público, podendo também despedir qualquer empregado, a qualquer tempo, mesmo imotivadamente, e, além disso, podendo ainda estabelecer a remuneração que lhe aprouvesse.*

*O grande prestígio alcançado pelo regime celetista na administração pública somente se explica pelas aberrações e inconstitucionalidades que foram cometidas em seu nome. Na verdade ele é totalmente inadequado à administração pública, até mesmo porque foi talhado para disciplinar o relacionamento entre empregados e empregadores, no setor privado da economia, visando à defesa do trabalhador. Já o regime estatutário é o que se ajusta perfeitamente ao regime jurídico administrativo, que tem como norte, sempre, a defesa do interesse público.<sup>78</sup>*

A utilização do regime celetista para a Administração direta e autárquica também traria problemas para Estados e Municípios, já que a competência para alterar a legislação trabalhista cabe apenas à União. Desta forma, aqueles entes estariam abrindo mão do controle sobre seus servidores e, em consequência, abrindo mão de parte de sua própria autonomia.

A Constituição de 1988 em sua redação original previa o regime jurídico único, vale dizer, a sujeição dos servidores às disposições estatutárias somente. A Reforma Administrativa de 1998 extinguiu o regime único, possibilitando a volta da configuração celetista para a administração pública.

---

<sup>78</sup> DALLARI, ADILSON ABREU. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 49.

Neste contexto foi editada a Lei n.º 9.962, de 22 de fevereiro de 2000 que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica, dispondo em seu primeiro artigo que:

*“O pessoal admitido para emprego público na Administração federal direta, autárquica e fundacional terá sua relação de trabalho regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e legislação trabalhista correlata, naquilo que a lei não dispuser em contrário.”*

Já os ocupantes de cargo submetem-se à Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990 que prevê o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

### **3.3. O EMPREGADO NAS EMPRESAS ESTATAIS**

A estabilização das relações entre o empregado e empregador é indispensável para a execução das atividades, situação inclusive essencial para o Estado-empresário, já que o conflito entre os fatores de produção é inerente e intenso na empresa privada, bem como na empresa estatal, embora nesta se manifeste de maneira diferenciada, conforme se passa a expor.

A própria Constituição Federal passou a adotar, após a Emenda Constitucional n.º 19 de 1998 (emenda da reforma administrativa) dispositivo direcionado ao Estado-empresário, em que se prevê a criação de um ‘estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços’ (art. 173 §1º).

Os empregados das empresas estatais, por expressa previsão constitucional, estão submetidos ao regime celetista. Veja-se a este respeito a redação peremptória do artigo 173:

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*[...]*

*II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas** e tributários.<sup>79</sup>*

Não se coloca para as estatais a questão da incompatibilidade do regime celetista para as atividades típicas de Estado que, se forem exercidas na Administração descentralizada, deverão se reportar à forma autárquica.

No que diz respeito à Administração direta ou autárquica, entretanto, vale salientar a polêmica ocorrida com o regime de pessoal das Agências Reguladoras que revestem a forma de autarquias especiais.

A lei n.º 9.986, de 18 de julho de 2000 que dispunha sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras previa em seu artigo 1º o seguinte:

*Art. 1º As Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela **Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943**, e legislação trabalhista correlata, em regime de emprego público.*

---

<sup>79</sup> Mesmo antes da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, em sua redação original o referido dispositivo já previa o seguinte:

*§ 1º - A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às **obrigações trabalhistas** e tributárias.*

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, suspendeu a eficácia do referido dispositivo no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 2310/DF, adotando a seguinte motivação nas palavras do Relator Ministro Marco Aurélio:

*“[...] atividade estatal na qual o poder de fiscalização, o poder de polícia fazem-se com envergadura ímpar, exigindo, por isso mesmo, que aquele que a desempenhe sinta-se seguro, atue sem receios outros, e isso pressupõe a ocupação de cargo público, a estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal”*

Em razão desta incompatibilidade do emprego celetista para atividades típicas de Estado, apontada pela Corte Suprema, nova lei foi editada (Lei n.º 10.871, de 20 de maio de 2004) para dispor sobre a “criação de carreiras e organização de cargos efetivos das autarquias especiais denominadas Agências Reguladoras”, tendo estabelecido em seu artigo 6º o seguinte:

*Art. 6º O regime jurídico dos cargos e carreiras referidos no art. 1º desta Lei é o instituído na Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, observadas as disposições desta Lei.*

### **3.4. SEMELHANÇAS ENTRE A POLITIZAÇÃO DO SERVIDOR E A POLITIZAÇÃO DA EMPRESA ESTATAL**

Assim como existem pessoas que servem à sociedade, realizando tarefas do Estado, ditas, por isso, servidores públicos, a empresa estatal, assim como o servidor, é uma pessoa, não natural mas jurídica, que faz as vezes de um servidor especial com missões institucionais visando atingir determinados fins, ainda que travestido de uma roupagem tal qual um empresário da iniciativa privada.

Por isso, traz-se, com relação aos servidores públicos, a preocupação externada por JEAN-LOUIS AUTIN e CATHERINE RIBOT com relação à necessidade da neutralidade na administração pública:

*L'administration est nécessairement subordonnée au gouvernement dont elle constitue l'instrument et dont elle doit appliquer les orientations. Très logiquement, notre Constitution en a tiré la conséquence que 'le gouvernement dispose de l'administration' (art. 20), formule énergique qui ne laisse que peu de place au libre arbitre des administrateurs.*

*Mais par ailleurs l'administration est distincte du pouvoir politique. Elle incarne la permanence d'un Etat et dont le gouvernement est soumis aux aléas des conjonctures politiques. Les agents publics sont des fonctionnaires qui consacrent leur carrière au service de l'Etat et dont les responsabilités s'exercent sans considération d'échéance électorale ou d'alternance gouvernementale. Ils ont vocation à appliquer la loi tant qu'elle n'a pas changé et à s'inspirer dans leur dégages par la jurisprudence – qui doivent être respectés en toute circonstance<sup>80</sup>*

Esta preocupação pode ser transposta para o âmbito das estatais, pois a politização de sua direção pode levar a que a empresa realize funções que se desviam da rota correta para o atendimento de sua missão institucional. Muitos bancos estaduais, por exemplo, que eram estatais, tiveram de ser privatizados em virtude de servirem ao interesse secundário de governantes, negligenciando seus fins legítimos.

A politização das estatais reflete também no próprio trabalho de seus empregados, uma vez que o regime, por ser mais flexível, acaba por subordiná-los a tarefas que não são efetuadas no melhor interesse deles e da própria sociedade.

---

<sup>80</sup> AUTIN, Jean-Louis et RIBOT, Catherine. *Droit Administratif Général*. Paris: Litec, 1999, p. 87.

“A administração é necessariamente subordinada ao governo do qual constitui o instrumento e de quem deve aplicar as orientações. Muito logicamente, nossa Constituição tirou daí a consequência que ‘o governo dispõe da administração’ (art. 20), fórmula enérgica que deixa pouco espaço ao livre arbítrio dos administradores.

Mas por outro lado a administração é distinta do poder político. Ela encarna a permanência de um Estado cujo governo é submetido às áleas das conjunturas políticas. Os agentes públicos são os funcionários que dedicam sua carreira ao serviço do Estado e cujas responsabilidades se exercem sem consideração das manutenções eleitorais ou de alternância governamental. Eles têm o dever de aplicar a lei enquanto ela não mude e de orientar sua ação quotidiana nos princípios superiores – enunciados pela Constituição ou extraídos da jurisprudência – que devem ser respeitados em todas as circunstâncias” (Tradução livre)

Este tema está intrinsecamente relacionado à questão do equilíbrio entre os interesses presentes na pessoa jurídica estatal e será tratado no tópico 6 abaixo.

### 3.5. O CONCURSO PÚBLICO E OS EMPREGADOS DAS ESTATAIS

Havia o entendimento segundo o qual mesmo as estatais (tanto de primeiro quanto de segundo grau) não se sujeitariam ao princípio do concurso público para a contratação de seus empregados, embora a redação constitucional fosse clara no sentido de que:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios** de legalidade, **impessoalidade**, **moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"*

*[...]*

*II - a investidura em cargo ou **emprego público** depende de aprovação prévia em **concurso público de provas ou de provas e títulos**, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98)<sup>81</sup> (Grifos nossos)*

Somente após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Mandado de Segurança 21.322/92<sup>82</sup>, é que ficou pacificado o entendimento de que é indispensável a realização de concurso público, para admissão em órgãos da administração indireta. Antes disso, o procedimento de contratação nortear-se

---

<sup>81</sup> A redação original do inciso era a seguinte:

*"II - a investidura em cargo ou **emprego público** depende de aprovação prévia em **concurso público de provas ou de provas e títulos**, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração."*

<sup>82</sup> Decisão publicada no D.J. de 07.12.92 e disponível no site do Supremo Tribunal Federal ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

pelo Parecer do então Consultor-Geral da República, CLÓVIS FERRO COSTA, segundo o qual o citado dispositivo constitucional teria aplicação restrita à administração direta, conforme notícia ARION SAYÃO ROMITA:

*Pronuncia-se contrariamente à exigência de concurso público o Parecer n. CF-1/89, de Clóvis Ferro Costa (DO de 1º.11.1989, p. 19783). João de Lima Teixeira Filho demonstra não ser exigível o concurso público, mas sim – apenas – a observância das regras de seleção de pessoal, constantes do regulamento interno de cada empresa interessada (Ver. TRT-8ª Reg., n. 22, jul./dez. de 1989).<sup>83</sup>*

Hoje, portanto, não há dúvida acerca da exigência de concurso público para a contratação dos empregados das estatais. Há, contudo, a questão referente aos ‘*empregos em comissão*’ que seguiriam a mesma sorte dos ‘*cargos em comissão*’, estes não se sujeitando a concurso público por expressa previsão constitucional (parte final do inciso II acima transcrito).

SÉRGIO ANDRÉA FERREIRA, em parecer publicado na Revista de Direito Administrativo n.º 227, intitulado “*Empresa Estatal – Funções de confiança – Constituição Federal – art. 37, II*” (p. 397), sustenta a possibilidade de existência do emprego em comissão com base (i) em outros autores (sobretudo ADILSON ABREU DALLARI), (ii) em parecer da Consultoria Geral da República e (iii) em artigos da Constituição Federal tais como: (1) art. 54, i, b, e II, b; (2) art. 142, § 3º, III e (3) art. 19, § 2º do ADCT.

Há, contudo, orientação em sentido oposto, ressaltando a redação do artigo 37, II, que faria ressalva apenas do “*cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração*”, não fazendo a referência ao emprego em comissão.

---

<sup>83</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - temas em aberto: Relação de emprego nas empresas estatais: Empregado ou Servidor Público?*. LTr, São Paulo, 1998, p. 789.

Segundo esta linha de pensamento, o mandamento constitucional, ao tratar ‘*emprego público*’ na parte inicial do inciso II, não o excepcionou da regra geral do concurso público.

Merece atenção, quanto às situações em que seja exigível o concurso e as conseqüências da contratação de empregados, ou mesmo servidores em sentido amplo, sem a realização do certame.

Em recente e interessante artigo publicado na Revista de Direito Administrativo, GUSTAVO ALEXANDRE MAGALHÃES entendeu equivocada a orientação da jurisprudência dos tribunais da justiça trabalhista, colocando esta questão nos seguintes termos:

*Entendimento diverso foi consagrado pelo enunciado 363 do TST, o qual determina que, em caso de nulidade no vínculo, são devidos aos trabalhadores apenas os salários e os valores referentes aos depósitos do FGTS.*

*Ocorre que, ao remunerar os servidores de fato de boa-fé apenas com salários e FGTS, o TST acaba punindo a parte mais fraca da relação Estado-servidor. Os interesses da pessoa jurídica de direito público devem estar em consonância com os demais princípios constitucionais, como o da valorização do trabalho humano e da dignidade da pessoa humana.*

*Além disso, deve-se atentar para o fato de que o argumento utilizado para deferir o pagamento dos salários e FGTS é evitar o enriquecimento ilícito da Administração. No entanto, o ordenamento jurídico-constitucional previu que qualquer prestação de serviços em caráter subordinado só será efetivamente compensada pelo pagamento de todos os direitos previstos no art. 7º da Constituição. O pagamento de qualquer montante que seja inferior ao que foi estabelecido pela Constituição continua sendo insuficiente para descaracterizar enriquecimento ilícito do Estado.*

*A pessoa jurídica de direito público contrata sem concurso, fere a Constituição, mas acaba sendo premiada com menor despesa com pagamento de pessoal. Está patente a imoralidade administrativa, vedada pelo art. 37, caput, da Constituição de 1988.*<sup>84</sup> [grifos nossos]

---

<sup>84</sup> MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos. Revista de Direito Administrativo, nº 239. Rio de Janeiro: Renovar, p. 112, nota.

### 3.6. O INTERESSE DOS EMPREGADOS E O EXERCÍCIO DO CONTRA-PODER POR MEIO DA GREVE

A ampliação das funções burocráticas fez do Estado o maior empregador, crescendo a área dos conflitos entre ele e seus servidores, conforme elucida ARION SAYÃO ROMITA:

*O Direito Coletivo do Trabalho invadiu os domínios da administração pública. Os fatos determinaram a superação da antiga noção de identidade entre os interesses da administração e os servidores. Verificou-se uma convergência entre os interesses dos trabalhadores do setor privado e os do setor público. Antes, falou-se de uma 'publicização' do direito; agora, surge a tendência a 'privatizar' o direito aplicável aos trabalhadores do setor público.<sup>85</sup>*

Observe-se, quanto a este aspecto, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho n. 151 sobre as relações de trabalho na função pública, de 1978, que deixa patente a 'considerável expansão dos serviços prestados pela administração pública em muitos países e a necessidade de existirem relações de trabalho entre autoridades públicas e as organizações (sindicatos) de servidores públicos'.

O direito de greve está assegurado pelo texto da Constituição Federal no artigo 9º. Ocorrem, entretanto, na esfera pública, certas interferências como o princípio da continuidade do serviço público (item 4.1) e as amarras orçamentárias (item 4.2), conforme se passa a expor.

---

<sup>85</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - temas em aberto: Relação de emprego nas empresas estatais: Empregado ou Servidor Público?..* LTr, São Paulo, 1998, p. 792.

### **3.6.1. GREVE E AS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO**

O parágrafo 1º do artigo 9º prevê a criação de uma lei que “definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

Em cumprimento a esta determinação, foi editada a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais e regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Assim, os trabalhadores das estatais prestadoras de serviços públicos indispensáveis à população e mesmo as exploradoras de atividade econômica que sejam consideradas atividades essenciais (à semelhança do conceito de serviços de interesse geral adotado pela União Européia) terão o direito de greve limitado pela lei em tela.

### **3.6.2. GREVE E AS ESTATAIS DEPENDENTES**

A Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, define empresa estatal dependente como a:

*Empresa controlada que receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária.*

Se o objetivo da greve dos trabalhadores da estatal for de majoração salarial, a reivindicação esbarrará nas limitações orçamentárias para a sua implementação. Este problema não é vislumbrado nas empresas estatais independentes que, por serem auto-suficientes financeiramente podem controlar, elas próprias, os aumentos salariais pertinentes.

Tal fato pode ser constatado a partir do parágrafo 3º do artigo 1º da Lei de Responsabilidade Fiscal, determinando que nas referências à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidas “as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais **dependentes**”. Excluídas, assim, as independentes.

Este é um indício importante da atenção que as estatais devem ter no sentido de caminharem para a sua independência patrimonial, em benefício de todos.

### **3.7. REMUNERAÇÃO DOS EMPREGADOS**

Passam a ser abordadas duas questões importantes quanto à remuneração dos empregados das empresas estatais. A primeira delas diz respeito à limitação pelo teto previsto no inciso XI do artigo 37 da Constituição. A segunda diz respeito à viabilidade da concessão de premiações. Ambos os assuntos partem da premissa inicial de que as estatais estão na órbita da administração pública (indireta).

### 3.7.1. TETO CONSTITUCIONAL

A Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98 incluiu o seguinte parágrafo ao artigo 37:

***"§ 9º O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral." (Grifos nossos)***

Veja-se abaixo a redação do inciso a que se refere o parágrafo transcrito:

***"XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da **administração direta, autárquica e fundacional**, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal;"***  
(Grifos nossos)

Mesmo antes da inserção do § 9º transcrito acima, já era sustentável o pagamento de remuneração a empregados do alto escalão ou de vencimentos para diretores da empresa estatal acima do teto do inciso XI, pois tal dispositivo referia-se apenas a "*empregos públicos da **administração direta, autárquica e fundacional***".

Veja-se, a título exemplificativo, o seguinte julgado do Tribunal Superior do Trabalho, retirado da Revista de Legislação do Trabalho de agosto de 2003 (p. 969):

**EMBARGOS – TETO REMUNERATÓRIO – EMPRESA PÚBLICA – ART. 37, INCISO XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – HIPÓTESE ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 19/98**

*- O artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal, em sua redação original, não se aplicava aos empregados das sociedades de economia mista e empresas públicas. Para que o denominado “teto salarial”, previsto no inciso XI, se aplicasse, de alguma forma, às empresas públicas e sociedades de economia mista, foi necessário acrescentar-se ao art. 37 o § 9º, e ainda assim, limitando esta aplicação aos casos em que tais empresas recebam recursos da Fazenda Pública para cobrir despesas de pessoal ou custeio. Pelo simples fato do caput do art. 37 referir-se à administração indireta, não significa, obviamente, que todos os seus incisos se aplicassem a empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas. tanto assim é que, à evidência, os incisos X e XIII não se aplicam a esses empregados, à força do art. 173, § 1º da Constituição Federal. Por isso mesmo, a referência do caput à administração indireta limita-se a empregados de autarquias. Quando se quis que a aplicação se estendesse também a empregados de sociedades de economia mista e empresas públicas, fez-se constar dos incisos respectivos a referência expressa a empregados públicos. recurso de embargos conhecido e provido. (Grifos nossos)*

*TST ERR 284.772/96.7 – Ac. SBDI-1, 24.9.01 (fonte: Revista de Legislação do Trabalho (LTr) – São Paulo: ano 67, agosto, 2003, p. 969).*

Destaca-se, no corpo do acórdão, o seguinte trecho que deixa nítida a regra geral de não aplicação do teto às empresas estatais:

*“Se agora, pois, não há “teto remuneratório” para tais empresas (exceto na hipótese prevista no § 9º do art. 37 da Constituição Federal), **muito menos antes da Emenda Constitucional poderia havê-lo, à míngua de qualquer dispositivo que autorizasse a tanto.**” (Grifos nossos) p. 717*

### 3.7.2. PREMIAÇÕES AOS EMPREGADOS

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO e FLÁVIO AMARAL GARCIA discorreram sobre este tema em artigo intitulado “*Premiação para Empregado de Empresa Estatal*”, publicado na Revista de Direito Administrativo n.º 234 (p. 177).

Concluíram, em síntese, que não haveria impedimento de se fomentar a eficiência na administração da estatal por meio de premiações, tendo de ser observadas os princípios a que estão submetidas por fazerem parte da Administração Indireta, dentre os quais indicam os seguintes: isonomia; proporcionalidade; economicidade; publicidade; moralidade; motivação; livre concorrência; eficiência.

Não se vislumbra, assim, uma presunção absoluta de imoralidade na concessão de prêmios, mesmo porque a atividade administrativa é de ser presumida como legítima, salvo a comprovação da violação dos princípios aos quais deve obediência.

Além disso, há que se distinguir prêmios das liberalidades esporádicas do empregador para que não se aplique o seguinte artigo da Lei das Sociedades por Ações:

*Art. 154. 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.*

[...]

§ 2º É **vedado** ao administrador:

**a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;**

[...]

§ 4º O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de **atos gratuitos razoáveis** em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Na realidade, tal como destacam os dois autores mencionados, o prêmio não se confunde com os “atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados”, já que tem em vista justamente o lucro com a maior produtividade estimulada pela via da premiação.

Desta maneira, para que se cumpra o mandamento constitucional que atribui às estatais a forma de direito privado, há que se possibilitar a utilização de todos os instrumentos de que se valem as companhias da iniciativa privada, desde que compatíveis com os princípios que regem a administração pública (art. 37 da Constituição).

O princípio da isonomia com as empresas do setor privado também está presente na França, conforme se pode observar dos seguintes trecho do estudo solicitado pela Assembléia Nacional Francesa (RAPPORT N.º 1004), trazendo a posição do Conselho de Estado Francês que coincide com a orientação apresentada acima:

*Une gestion plus flexible des personnels*

**En principe, les agents des entreprises publiques, quelle qu'en soit la forme juridique, relèvent d'un régime de droit privé, c'est-à-dire du code du travail.**

*En l'absence de statut général commun à l'ensemble des entreprises publiques, le **Conseil d'Etat** a en effet précisé, dans son avis du 16 mars 1948, que **leur gestion devait s'exercer conformément « aux méthodes et aux usages suivis par les entreprises industrielles et commerciales de droit privé »**. Leurs personnels sont en conséquence*

soumis au **droit commun du travail**, à l'exception toutefois du **dirigeant** et du comptable, si celui-ci a la qualité de comptable public.<sup>86</sup>

[Grifos nossos]

### 3.8. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA

Questão controvertida diz respeito à possibilidade da despedida de empregado da sociedade de economia mista ou empresa pública sem justa causa. Isto porque tais entidades, por integrarem a estrutura da administração pública, sujeitam-se ao **princípio da motivação** dos seus atos.

A despedida sem justa causa muitas vezes é referida erroneamente como “despedida imotivada”, conforme observa ARION SAYÃO ROMITA:

*Despedida imotivada não existe. Toda dispensa tem um motivo. O empregador sempre sabe por que despediu o empregado. Toda despedida é motivada. Despedida imotivada é um contra-senso, pois só é imotivado o ato de um irracional ou o praticado por um insano mental. O*

---

<sup>86</sup> Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003. [Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/enquete-entreprises-publiques.asp>].

“Uma gestão mais flexível dos trabalhadores.

*Em princípio, os agentes das empresas estatais, qualquer que seja sua forma jurídica, demonstram um regime de direito privado, vale dizer, o do código do trabalho.*

*Na ausência de estatuto geral comum ao conjunto das empresas estatais, o Conselho de Estado determinou, no seu julgado de 16 de março de 1948, que a gestão deveria ser exercida conforme ‘os métodos e costumes seguidos pelas empresas industriais e comerciais de direito privado. Seu pessoal é em consequência submetido ao direito comum do trabalho, à exceção contudo do dirigente e do contador, se este tem a qualidade de contador público.’*

[Tradução livre]

*empregador não é um animal irracional, nem louco, logo, ao despedir um empregado, sabe o que está fazendo: tem um motivo para o ato.*<sup>87</sup>

A despedida sem justa causa estaria em confronto direto com o princípio da motivação dos atos da administração pública. Há, entretanto, uma diferenciação a fazer, já que no regime celetista comum este tipo de rescisão contratual está ligada a alguma falta perpetrada pelo trabalhador, conforme esclarece VALENTIN CARRION em seus 'Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho':

*Justa causa: efeito emanado de ato ilícito do empregado que, violando alguma obrigação legal ou contratual, explícita ou implícita, permite ao empregador a rescisão do contrato sem ônus*<sup>88</sup> [grifos nossos]

No regime peculiar das empresas estatais, contudo, pode-se vislumbrar o caso de fatos atribuídos ao Estado-empregador, quando houver necessidade de redução de pessoal para a adequação ao limite orçamentário. Assim, uma empresa estatal dependente que houver ultrapassado o limite de gastos com pessoal terá de demitir parcela de seus empregados. E, embora seja o caso de demissão sem justa causa, terá de atender ao princípio da motivação, à semelhança do que ocorre no serviço público (vide Constituição artigo 169 que prevê a redução desde que "ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.")

---

<sup>87</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - temas em aberto: Erros Conspícuos de Conspícuos Juristas*. LTr, São Paulo, 1998, p. 149.

<sup>88</sup> CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva 29ª edição, atualizada por Eduardo Carrion: 2004, p. 367

### 3.9. O INTERESSE DOS EMPREGADOS NA COMPOSIÇÃO DO INTERESSE SOCIAL

Quanto às sociedades de economia mista, a lei dispôs de forma explícita que as suas atividades serão orientadas pelo *interesse público*, conforme se observa pela redação do art. 236 da Lei de Sociedade por Ações (Lei n.º 6.404/76):

*A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá **orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.***

Há de se ter, no entanto, uma composição de todos os interesses presentes e não apenas o interesse público. O interesse dos empregados, dos minoritários (no caso de sociedades de economia mista), da comunidade em que atua a empresa, até mesmo da sociedade como um todo<sup>89</sup> são exemplos de outras esferas atingidas.

Para equacionar as diferentes e, por vezes, contrastantes pretensões em jogo, cumpre apontar a gênese comercial da doutrina acerca do conflito de interesses para que se faça a adequada transposição para as empresas estatais, ressaltando-se, para o estudo em tela, os interesses dos seus empregados.

---

<sup>89</sup> Veja-se, neste caso, o exemplo da estatal Petrobrás que está cotada em bolsa e pode afetar o mercado diretamente

### 3.9.1. TEORIAS ACERCA DO CONFLITO DE INTERESSES

CALIXTO SALOMÃO FILHO, em sua obra “O Novo Direito Societário”<sup>90</sup>, ensina que, historicamente, o enfoque dado à figura da sociedade comercial ora pende para a idéia de **contrato**, ora para a noção de **instituição**. Decorrem daí as teorias contratualistas e institucionalistas do modelo de sociedade.

O **contratualismo clássico** pode ser entendido a partir do sistema italiano no qual se negava o caráter superior do interesse social (interesse da sociedade) sobre os interesses dos sócios. GALGANO<sup>91</sup> assim resume as características desta concepção:

*È una teoria che si autodefinisce, polemicamente, ‘contrattualistica’ per sottolineare il fatto che essa respinge la concezione della società come ‘istituzione’ staccata dalle persone dei soci e la configura, **all’opposto, quale rapporto contrattuale fra più persone, che non involge altro interesse se non quello delle parti contraenti.***<sup>92</sup>

Para o contratualismo, portanto, o interesse social (da sociedade) corresponde ao interesse dos sócios (atuais ou futuros). Estes podem utilizar a sociedade em seu único e exclusivo interesse como **coisa própria**. Uma das

---

<sup>90</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*, Editora Malheiros, 2ª edição, reformulada, São Paulo, 2002.

<sup>91</sup> GALGANO, F. *Diritto commerciale – Le Società*, apud SALOMÃO FILHO, Calixto, ob. cit., p. 27.

<sup>92</sup> “É uma teoria que se autodefine, polemicamente, “contratualística” por ressaltar o fato de que recusa a concepção da sociedade como “instituição” destacada das pessoas dos sócios, configurando-a, ao contrário, como relação contratual entre várias pessoas, não envolvendo senão o interesse das partes contratantes.” [em tradução livre]

conseqüências tidas a partir desta concepção é a inexistência do conflito entre o interesse<sup>93</sup> individual de cada sócio e o da sociedade.

A **concepção institucionalista**, de outro lado, desenvolvida pelo economista alemão RATHENAU no primeiro pós-guerra, pretende destacar a noção de sociedade como “instituição não redutível ao interesse dos sócios”<sup>94</sup>. Há uma mudança de perspectiva valorizando-se o órgão da administração da empresa, mitigando-se, assim, o papel da assembléia como órgão revelador da vontade social.

O institucionalismo reforça a presença do conflito de interesses na vida societária, pois os diferentes posicionamentos no interior dos órgãos da sociedade fazem aflorar interesses que, por vezes, podem ser contrários ao próprio interesse social.

O embate dos diversos interesses em jogo nas empresas estatais pode ser analisado sob as óticas contratualista ou institucionalista. Se se adotar a primeira perspectiva (contratualista), o interesse público que norteia a atividade da estatal terá prevalência absoluta sobre quaisquer interesses, uma vez que ela será tida como propriedade do Estado-controlador.

A ótica institucionalista, de outro lado, considerando a pessoa jurídica como realidade distinta dos sócios, procura compor os diversos interesses em conflito para que se tenha um resultado o mais harmônico possível. No caso das estatais, além do interesse público, outros interesses seriam levados em conta, inclusive os correspondentes aos anseios dos trabalhadores que nela atuam.

---

<sup>93</sup> CALIXTO SALOMÃO dedica um capítulo inteiro de sua mencionada obra exclusivamente ao tratamento do *conflito de interesses* (vide capítulo V “CONFLITO DE INTERESSES: A OPORTUNIDADE PERDIDA”).

<sup>94</sup> A utilização dos termos *Gesellschaftsinteresse* para identificar os **interesses dos sócios** e do termo *Unternehmensinteresse* para os **interesses da sociedade** denotam a distinção pretendida.

Para isso, torna-se relevante a democratização do processo decisório (à exemplo do modelo francês<sup>95</sup>) para que os interessados possam expor suas idéias minimamente. Do contrário, a tirania na condução das atividades sociais levará a um modelo em que somente o controlador decide os rumos a tomar, sem sopesar os demais interesses.

### 3.9.2. O RISCO DE POLITIZAÇÃO

Nesta última hipótese, o risco de que se tenha um desvio das funções institucionais se elevará sobremaneira. Some-se a este receio, o risco de **politização**, situação em que objetivos políticos são colocados acima das orientações técnicas que devem dirigir a administração da empresa estatal, sem descurar, naturalmente, da sua função social.

A politização da empresa estatal, à semelhança do que ocorre com o servidor público, só será mitigada num contexto de garantias mínimas de independência gerencial. PIERRE DEVOLVÉ, nos retrata a experiência francesa de larga utilização das estatais, confirmando este fato:

*D'une part l'entreprise publique est une entreprise, appelée a vivre dans un climat industriel et commercial et même concurrentiel, à fonctionner selon des méthodes industrielles et commerciales: elle doit donc être libérée des entrave administratives et aussi **protégée contre les risques de politisation**. Ces considérations poussent ver l'autonomie de gestion. Même si elle n'implique pas une "libération" de l'entreprise publique à l'égard de l'État de même caractère que celle qu'inspirait l'idéologie initiale des nationalisations, et si elle repose sur des préoccupations plus pratiques*

---

<sup>95</sup> Neste sentido, as observações feitas por Pierre Devolvé em sua obra 'Droit Publique de l'Economie':

*"L'appartenance au secteur public entraîne l'application de la loi de 1983 relative à la démocratisation du secteur public. Elle assure d'abord la **représentation des salariés aux organes délibérants de l'entreprise** [...]" (p. 717)*

*que philosophiques, cette recherche d'autonomie n'est pas simplement assimilable à l'aspiration décentralisatrice que l'on retrouve dans le cas de toutes les collectivités dotées de la personnalité, car elle repose principalement sur le caractère des tâches assumées.*<sup>96</sup>

A autonomia de gestão, portanto, não implica em uma liberdade sem freios. Corresponde, sim, a uma necessidade, moldada pelos princípios que regem a administração pública, de se ter a flexibilidade do modelo adotado pela iniciativa privada, observando, além do interesse público, os demais interesses que fazem parte da entidade.

Esta discussão acerca de se garantir uma maior autonomia para a estatal passa naturalmente pela questão da fonte de seus recursos. Quanto maior a sua independência financeira em relação ao ente criador, maior as chances de se ter uma flexibilidade desejada. São dois lados de uma mesma moeda.

### **3.10. A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE DOS EMPREGADOS PARA A MODULAÇÃO DO PODER DE CONTROLE ESTATAL**

Orienta-se, assim, o regime dos empregados das empresas estatais a partir do princípio da isonomia para, de um lado, aproximá-lo ao regime de direito

---

<sup>96</sup> DEVOLVÉ, Pierre. Droit Publique de l'Economie. Paris: Dalloz. 1998.

“De um lado a empresa estatal é uma empresa, chamada a viver num clima industrial e comercial e mesmo concorrencial, a funcionar segundo os métodos industriais e comerciais: ela deve então ser liberada dos entraves administrativos e também protegida contra os riscos de politização. Estas considerações levam à autonomia de gestão. Mesmo se ela não implica numa ‘liberação’ da empresa estatal em face do Estado da mesma maneira que isto inspirou a ideologia inicial das nacionalizações, e se ela repousa sobre preocupações mais práticas que filosóficas, esta busca de autonomia não é simplesmente assimilada à aspiração descentralizadora que se encontra no caso das entidades dotadas de personalidade, porque ele repousa principalmente sobre o caráter de tarefas assumidas.”

privado ('regime celetista puro') e, ao mesmo tempo, afastá-lo do tratamento dado aos servidores integrantes da Administração direta ou mesma na vertente descentralizada das autarquias.

Tal aproximação é mitigada, entretanto, em virtude das estatais integrarem a estrutura da administração pública, de forma a observarem necessariamente, por expressa determinação constitucional, os princípios a ela atinentes. A experiência francesa também indica os influxos do Direito Público, conforme nos mostra PIERRE DEVOLVÉ:

*L'application du code du travail a tout lieu d'être générale dans les entreprises publiques dont le statut est entièrement privé (personnalité privée, activité autre que de service public). **Même pour elles, quelques particularités résultant de l'appartenance au secteur public se manifestent.***<sup>97</sup>

Neste sentido os ensinamentos de ARION SAYÃO ROMITA, segundo quem a posição dos empregados nas empresas estatais assemelha-se à figura do centauro, metade homem e metade cavalo:

*[N]enhum regime jurídico de servidores da administração pública em geral pode ser integralmente estatutário ou puramente contratual. Em cada setor, será adotado este ou aquele regime, não sendo desaconselhável, aqui ou ali, a combinação de elementos próprios de um ou de outro, surgindo um tertium genus, ou seja, um regime híbrido, misto ou complexo.*<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Op. cit. p. 717.

*"A aplicação do código do trabalho tem aplicação geral nas empresas estatais cujo estatuto é inteiramente privado (personalidade privada, atividade outra que não de serviço público. Mesmo para elas, algumas particularidades se manifestam como resultado de pertencerem ao setor público."*  
[Tradução livre]

<sup>98</sup> ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - temas em aberto: Relação de emprego nas empresas estatais: Empregado ou Servidor Público?..* LTr, São Paulo, 1998, p. 787.

Os princípios da moralidade e impessoalidade, por exemplo, irão informar a exigência do concurso público, não apenas na administração direta, mas também para a contratação de trabalhadores para as estatais. Outro exemplo consiste na obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade e publicidade para o pagamento dos salários do alto escalão.

Reforce-se, ainda, a classificação das empresas estatais traçada pela Lei de Responsabilidade Fiscal em dependentes e independentes para mesmo antes da emenda constitucional n.º 19/98, já se poder justificar a remuneração acima do teto constitucional (art. 37, inciso XI da Constituição Federal) e impor limitações ao direito de greve dos empregados em virtude das amarras orçamentárias que devem ser seguidas pelas estatais que dependem do caixa geral para se financiarem.

Em virtude destes aspectos, o desejável é a migração progressiva da estatal dependente para a independência patrimonial, para melhor cumprir suas missões institucionais. É certo, no entanto, que muitas vezes o seu crescimento em direção à independência é dificultado pela função social que tem a cumprir, exigindo atividades não lucrativas em prol da consecução de seus fins.

Ainda assim, todos os esforços devem ser concentrados no sentido da sua progressiva autonomização que irá beneficiar a própria empresa (se distanciará das amarras orçamentárias, aumentando a sua margem de ação) e a população como um todo que não terá a tributação consumida para sustentar seus investimentos por meio do Erário.

À semelhança da criança que depende dos pais para a sobrevivência, a estatal de dependente deve crescer e inaugurar uma fase adulta em que seja independente e possa ajudar até mesmo ao sustento de seus próprios criadores.

O conflito entre os interesses presentes no âmbito interno da empresa estatal não deve ser negligenciado e, em especial, neste capítulo abordou-se a esfera dos interesses dos empregados na empresa estatal. Se é verdade que o interesse público tem um peso extraordinário para guiar os destinos sociais, não é menos certo que os interesses dos trabalhadores devam ser levados em consideração para se ter o vetor final que determinará as ações da pessoa jurídica.

Neste sentido, o interesse dos empregados não pode ser jamais descartado e consiste em um dentre os vários vetores que se somarão para se ter um resultado final que atenda ao correto equacionamento de todas as esferas em jogo.

O estudo recente realizado a pedido da *Assemblée Nacional Francesa (RAPPORT N.º 1004)* serve de bom exemplo aos avanços que podem ser alcançados quando são observados os diversos vetores que informam a atuação da empresa estatal:

Des **progrès dans l'organisation interne**

Le **gouvernement d'entreprise** désigne un système d'organisation du pouvoir permettant de garantir un **meilleur équilibre entre les gestionnaires et les propriétaires du capital**, les actionnaires, à travers des mécanismes de contrôles efficaces. Les faillites spectaculaires de Worldcom ou Enron en ont rappelé dernièrement toute l'importance. Dans son acception courante, ce terme s'entend du seul fonctionnement des organes délibérants : comme l'a rappelé devant la commission M. René Barbier de La Serre, **'la base du gouvernement d'entreprise, c'est le conseil d'administration et la reconnaissance de son rôle comme lieu**

***de discussion de la stratégie et de contrôle de la gestion, confiée, sous sa surveillance, au management***.<sup>99</sup>

O dever de boa administração, portanto, à semelhança da boa governança corporativa<sup>100</sup> nas empresas da iniciativa privada, deve nortear o comportamento da empresa estatal, seja coordenando eficientemente os esforços em busca de uma auto-suficiência patrimonial, seja limitando o poder de controle do Estado-empresário para que se respeitem os interesses de seus empregados para a composição do interesse social.

---

<sup>99</sup> Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 3 juillet 2003). [Disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/enquete-entreprises-publiques.asp>]

*“Os progressos na organização interna - O governo das empresas designa um sistema de organização do poder permitindo garantir um melhor equilíbrio entre gestores e proprietários do capital, os acionistas, através de mecanismos de controles eficazes. As falências espetaculares da Worldcom ou Enron chamaram a atenção para isso ultimamente. Na sua acepção corrente, este termo é entendido por meio do funcionamento dos órgãos deliberantes: como a salientado perante a comissão M. René Barbier de La Serre, ‘a base do governo da empresa, é o conselho de administração e o reconhecimento do seu papel como local de discussão da estratégia e do controle da gestão, confiada, sob sua supervisão, à diretoria’.*

[Tradução livre]

<sup>100</sup> Ressalte-se, novamente, os ensinamentos de PIERRE DEVOLVÉ em sua obra anteriormente citada, em que deixa clara a necessidade da governança corporativa para as empresas estatais:

*“Les **entreprises publiques**, sans négliger leurs spécificités, doivent transposer les pratiques du **gouvernement d'entreprise**”.* (p. 735)

*“As empresas estatais, sem negligenciar suas especificidades, devem transpor as práticas de governança corporativa”.* (Tradução livre)

## **CAPÍTULO 4 – OUTROS INTERESSES MODULADORES DO PODER DE CONTROLE E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL**

### **4.1. INTERESSES EXTRA-SOCIETÁRIOS**

Os interesses em jogo na empresa estatal podem ser classificados em intra e extra-societários. Os interesses intra-societários foram abordados nos primeiros capítulos, correspondendo aos interesses dos acionistas minoritários, administradores e empregados.

Os interesses exteriores à empresa estatal, por isso ditos extra-empresariais, dizem respeito à comunidade local, regional ou mesmo nacional em que se insere a empresa; aos consumidores ou usuários dos produtos e serviços; aos interesses dos credores e a outros interesses como os relacionados à proteção ao meio ambiente e do patrimônio cultural.

Conforme salienta CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>101</sup>, falar em interesses externos à empresa, a serem atendidos pelo controlador, é uma postura estranha à

---

<sup>101</sup> COMPARATO, Fábio Konder et SALOMÃO, Calixto (filho). *Op. Cit.* p. 381.

tradição do capitalismo liberal que propugnava pelo exercício da atividade empresarial, como poder inerente à propriedade e à apropriação dos lucros.

BRITTO DAVIS aponta a importância do atendimento do interesse da comunidade ao se valer da citação de MICHEL DESPAX que discorre sobre a parceria estrutural presente nas sociedades de economia mista:

*Une entreprise d'économie mixte est une entreprise à la direction de laquelle participent des **personnes publiques** qui ont en vue **l'intérêt de la communauté**, et des **personne privées**, qui ont en vue **leur intérêt particulier**. Sa structure est en fait celle d'une société commerciale, forme le mieux appropriée à celle collaboration.<sup>102</sup> [Grifos nossos]*

#### 4.1.1. INTERESSE DOS USUÁRIOS E CONSUMIDORES

Resgate-se, neste ponto, a contribuição, apontada no capítulo 2, trazida pela *Lei Francesa de Democratização do Setor Público*<sup>103</sup> que prevê a participação dos consumidores ou usuários dos serviços das empresas estatais em seus órgãos de administração:

*Titre II : Démocratisation des conseils d'administration ou de surveillance.*

*Chapitre Ier : Composition et fonctionnement des conseils.*

*Article 5. Dans les établissements publics mentionnés au 1 de l'article 1er d'une part, et, d'autre part, dans les entreprises mentionnées au 3 du même article dont plus de 90 p. 100 du capital est détenu par des personnes morales de droit public ou*

---

<sup>102</sup> DESPAX, Michel in “*L’Entreprise et le Droit*”, Paris, 1957 apud BRITTO DAVIS, M. T. de Carvalho. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: José Konffino Editor, 1969, p. 57

*Uma sociedade de economia mista é uma empresa em cuja direção participam pessoas públicas que têm em vista o interesse da comunidade, e as pessoas privadas, que tem em vista seu interesse particular. Sua estrutura é, com efeito, aquela de uma sociedade comercial, e forma o meio apropriado para esta colaboração.*

[Tradução livre]

<sup>103</sup> Lei n°83-675 de 26 de julho de 1983 (‘Loi relative à la démocratisation du secteur public’), disponível no seguinte site <http://www.legifrance.gouv.fr/>

*par des sociétés mentionnées à l'article 1er, [...] le conseil d'administration ou de surveillance comprend:*

*[...]*

**2° des personnalités choisies, [...] soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, nommées par décret pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs desdites activités;**<sup>104</sup> [grifos nossos]

A distinção entre usuário e consumidor passa pela análise das atividades da empresa estatal, já que a prestadora de serviços públicos tem como destinatário final dos seus serviços um usuário, nos termos do art. 175 da Constituição federal de 1988<sup>105</sup>, que previu, a partir da Emenda Constitucional n.º 19/98 (art. 27)<sup>106</sup>, a elaboração de uma lei específica.

---

<sup>104</sup> Em tradução livre:

*Título II : Democratização dos conselhos de administração e fiscal:*

*Capítulo 1º: Composição e funcionamento dos conselhos.*

*Artigo 5º. Nas empresas públicas mencionadas no artigo 1º de um lado, e, de outro lado, nas empresas mencionadas no parágrafo 3º do mesmo artigo nas quais mais de 90% do capital seja pertencente a pessoas jurídicas de direito público ou por sociedades mencionadas no artigo 1º, [...] o conselho de administração ou fiscal serão compostos por:*

*2º pessoas escolhidas, [...] seja em razão de sua qualidade de representante dos consumidores ou usuários, nomeados por decreto editado, se for o caso, depois de consulta aos organismos representativos de ditas atividades;*

<sup>105</sup> Assim dispõe o referido artigo:

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

*Parágrafo único. A lei disporá sobre:*

*I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;*

*II - os direitos dos usuários;*

*III - política tarifária;*

*IV - a obrigação de manter serviço adequado.*

<sup>106</sup> O art. 27 da Emenda Constitucional n.º. 19 tem a seguinte redação: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação desta Emenda, elaborará lei de defesa do usuário de serviços públicos”.

O consumidor estaria presente nas hipóteses de estatais que explorassem atividades econômicas em sentido estrito, aplicando-se-lhes o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 – que possui conceito amplo de fornecedor<sup>107</sup>.

Nesta linha mesma linha de diferenciação entre usuário e consumidor pronuncia-se ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL:

*Disso tudo se conclui que a defesa do usuário de serviço público não é atribuição dos órgãos de defesa do consumidor, e sim da respectiva agência reguladora, cujo desafio é organizar-se adequadamente para isso. Como a lei prevista no art. 27 da Emenda Constitucional n.º 19 até hoje não foi aprovada pelo Congresso Nacional, o usuário de serviço público tem tido sua defesa baseada em uma lei (Lei 8.078) que claramente não se aplica à relação de **serviço público**, e sim à de **consumo**, conceitualmente diversa daquela.*

*Nada impede, porém, que a agência reguladora mantenha convênio com esses órgãos de defesa do consumidor, para que também participem da defesa do usuário de serviço público. É essencial, porém, que exista um **Código de Defesa do Usuário de Serviço Público**, que sirva de base jurídica para essa atuação.*<sup>108</sup> [grifos do original]

---

<sup>107</sup> A lei assim define consumidor e fornecedor:

*Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*

*Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

*Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

*§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.*

*§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.*

<sup>108</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2005.

Interessante observar a aprovação da Lei Municipal n.º 14.029, de 13 de julho de 2005, que dispõe sobre **proteção e defesa do usuário do serviço público do Município de São Paulo**, prevendo no seu primeiro artigo que suas normas “*visam à tutela dos direitos do usuário e aplicam-se aos serviços públicos prestados: a) pela **Administração Pública** direta e **indireta**; b) por particular, mediante concessão, permissão, autorização ou qualquer outra forma de delegação por ato administrativo, contrato ou convênio.*”

Cumprido notar, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem identificado o conceito de usuário com o consumidor para aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às relações entre prestadores de serviço público (inclusive empresas estatais) e destinatários destes serviços<sup>109</sup>.

#### **4.1.2. A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE**

Como agente econômico, a empresa estatal deve necessariamente cumprir, tal como abordado inicialmente, todos os princípios constitucionais inerentes à ordem econômica, em especial, no caso da proteção ao meio ambiente, o disposto no inciso VI do art. 170 da Constituição federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º. 42, de 19.12.2003:

*Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

[...]

---

<sup>109</sup> Há farta coleção de julgados deste Corte a este respeito, podendo ser destacados os que se referem à discussão acerca do corte de energia elétrica em que o usuário do serviço é tido como consumidor para efeitos da aplicação do CDC, como nos seguintes casos: REsp 705203/SP cuja decisão foi publicada no DJ 07.11.2005 p. 224; REsp 257084 / MG cuja decisão foi publicada DJ 17.10.2005 p. 234; REsp 525500/AL cuja decisão foi publicada no DJ 10.05.2004 p. 235 e na RSTJ vol. 184 p. 183, dentre outras.

*VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;*

Embora não prevalecente, o voto da Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA no julgamento do Mandado de Segurança n.º 2001.02.01.046636-8, impetrado pela PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S. A., com a finalidade de obter o trancamento da ação penal n.º 2000.51.01500647-3, em curso perante a 5ª Vara Federal de São João de Meriti, retrata como as empresas estatais estão sujeitas à responsabilização penal por danos causados ao meio ambiente.

Neste caso concreto, a estatal do setor petrolífero estava sendo acusada pelos vazamentos ocorridos na Baía de Guanabara, já que “tinha ciência da fragilidade no sistema de detecção de vazamentos desde o acidente de 1997, sem que houvesse adotado providências pertinentes, extraindo-se, dos fatos narrados na denúncia, que a citada empresa não investiu em sistemas efetivos de segurança, assumindo o risco de ocasionar sérios acidentes” (trecho da denúncia do Ministério Público Federal)<sup>110</sup>.

---

<sup>110</sup> A PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S/A, segundo a denúncia, teria incorrido nas penas dos artigos 33, 40, 54, incisos IV e V e 60 da Lei n.º 9.605/98, combinados com o art. 13, § 2º, a e b do Código Penal, tendo em vista que o referido desastre ecológico teve como causa primordial a ausência de implantação de política visando à proteção do meio ambiente, conforme se depreende da denúncia:

*“A ocorrência, em todo o País, de episódios similares (...) só demonstra que a denunciada não tem, como prioridade, a proteção ambiental, razão pela qual o acontecimento em questão tomou dimensão catastrófica não apenas pela demora na verificação do rompimento, mas sobretudo pelo longo atraso nos procedimentos necessários para evitar que o óleo se espalhasse pela Baía de Guanabara, tendo a confirmação do fato ocorrido apenas mediante a evidente percepção visual da terrível poluição que o combustível havia causado no mar, às 10h do fatídico dia, potencializada pela falta de planejamento da empresa e grave deficiência de recursos humanos e materiais e ausência de diretrizes para treinamento de pessoal nos planos de emergência (...), sendo que um deles, o Plano de Emergência para Combate a Derramamento de Petróleo e seus Derivados na Baía de Guanabara-PEBG, apesar de previsto para vazamentos de até 1.000m<sup>3</sup> de óleo (próximo ao ocorrido), foi acionado (...) mas mostrou-se absolutamente ineficaz (a começar pela inexistência de barreiras de contenção em número satisfatório e condizente com o risco inerente às operações (...). Por fim, conduzia atividades potencialmente – e efetivamente – poluidoras sem licença operacional (o oleoduto PE-II – duto de produtos escuros, saindo da REDUC até a Ilha D’água, e toda a REDUC ...).”*

Além de abordar a polêmica acerca da possibilidade de **responsabilização penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais**<sup>111</sup>, o voto da Relatora ressaltou a evolução representada pela Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente:

*Destaco, por fim, que as imperfeições detectadas em nosso diploma ambiental o afastam do que se poderia reputar ideal em termos de legislação. Entretanto, se por um lado não se pode negar que as normas ambientais necessitam passar por um processo de aprimoramento, também deve ser considerado que a edição da Lei n.º 9.605/98 representa um avanço político no que tange à proteção do meio ambiente. Acredito, ainda, firmemente na necessidade de conscientização não só das empresas, como da população em geral, em relação à prevenção de danos ambientais. Assim, talvez possamos alcançar um equilíbrio maior nesta área, conciliando desenvolvimento e preservação ambiental.*<sup>112</sup>

O caso é emblemático para demonstrar que as empresas estatais devem obediência ao princípio constitucional de proteção ao meio ambiente, sobretudo para darem o exemplo para as empresas do setor privado que também estão sujeitas às mesmas regras.

---

<sup>111</sup> A Relatora transcreve em seu voto o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina que resultou em importante precedente sobre a matéria:

RECURSO CRIMINAL – RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - CRIME AMBIENTAL – DENÚNCIA REJEITADA - **RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS – POSSIBILIDADE ANTE O ADVENTO DA LEI N. 9.605/98** - AUSÊNCIA DE PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – ORIENTAÇÃO DOUTRINÁRIA – RECURSO PROVIDO.

**Completamente cabível a pessoa jurídica figurar no pólo passivo da ação penal que tenta apurar a responsabilidade criminal por ela praticada contra o meio ambiente.** (Recurso Criminal n.º. 00.020968-6; Desembargador Relator Sólon d’Eça Neves; Primeira Câmara Criminal; Data da decisão 13/03/2001).

[grifos nossos]

<sup>112</sup> Trecho do voto da Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA DA SILVA no julgamento do Mandado de Segurança n.º 2001.02.01.046636-8, impetrado pela PETROBRAS – Petróleo Brasileiro S. A., disponível no site do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (www.trf2.gov.br).

### 4.1.3. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O capitalismo concorrencial como opção tomada pelo constituinte impõe sejam observadas as regras da estrutura de mercado, sob pena de se distorcer o mandamento previsto na Constituição. Quando o Estado adotar a roupagem empresarial não poderá se furtar de seguir a mesma lógica do sistema.

É neste sentido que internacionalmente nota-se uma preocupação intensa do relacionamento dos Estados com suas empresas, em especial a política defendida na União Européia por meio da Diretiva 80/723/CEE da Comissão Européia de 25 de Junho de 1980, relativa à “transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas públicas”.

O regime das “ajudas públicas” tem especial atenção naquele ordenamento para que subvenções e outros tipos de repasses sejam sempre efetuados com a máxima transparência (*disclosure*) para não prejudicar o jogo concorrencial na esfera econômica.

A preocupação é válida para o ordenamento brasileiro e a lei que vier a disciplinar o estatuto das empresas estatais (art. 173 §1º da Constituição federal) deve implementar soluções semelhantes para evitar o relacionamento inadequado entre Estado-controlador e empresas estatais sobre este aspecto.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em julgamento em que se discutia o alcance das ações de classe especial (denominadas *golden share*) da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD <sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> A Companhia Vale do Rio Doce foi fundada em junho de 1942 e seu capital era detido integralmente pela União Federal, até 1997, quando foi privatizada em função de sua inclusão no Programa Nacional de Desestatização. Ela defendeu a tese de que a adoção de quaisquer medidas restritivas de cunho estrutural impostas pelos órgãos governamentais de defesa da concorrência demandaria a prévia intervenção da União,

manifestou entendimento que corrobora a sujeição das empresas estatais às regras concorrenciais da órbita econômica:

*Assim, não é preciso nenhum esforço hermenêutico para se concluir que CVRD é um agente econômico e, como qualquer outro, deve-se submeter ao controle imposto pelas normas jurídicas. Ademais, ainda que a Vale mantivesse a natureza jurídica de empresa estatal – o que não é o caso –, ainda assim suas atividades estariam sujeitas à observância da legislação antitruste. Isso porque a lei n.º 8.884/94 não prevê hipótese de isenção antitruste; ao contrário, seu artigo 15 é expresso ao afirmar que suas disposições são aplicáveis às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal. [grifos do original]*

#### **4.2. INTERESSES INTERNALIZÁVEIS E NÃO-INTERNALIZÁVEIS, MODULADORES DO PODER DE CONTROLE**

A solução institucionalista integradora (apontada no capítulo 2) torna-se mais efetiva quando possível a internalização dos interesses por meio da composição representativa de tais interesses em órgãos dentro da própria empresa estatal, conforme ensina CALIXTO SALOMÃO FILHO:

*Na verdade, vista sob um certo prisma, essa aparente contradição [perseguir o interesse público e a obtenção de lucros] é capaz de incluir na dinâmica das deliberações societárias outros interesses que não o interesse privado do acionista.*

*Exercendo suas atividades em setores que geralmente afetam o interesse de todos ou de relevantes parcelas da população, nada mais coerente que garantir de alguma forma a **participação interna de seus representantes**.*

*Uma das maneiras, ainda que imperfeita, de fazê-lo, é exatamente atribuir ao acionista (controlador) o Estado, ao menos em teoria,*

---

em razão da sua titularidade da *golden share*. O julgamento diz respeito ao ATO DE CONCENTRAÇÃO nº 08012.005226/2000-88 e está disponível no site do CADE ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)).

*instrumento de representação de interesses coletivos, o dever de representar (fiduciariamente), tais interesses, além de seus próprios interesses capitalísticos.*<sup>114</sup> [grifos nossos]

Neste sentido, a ocupação de cargos nos órgãos da empresa estatal por parte dos empregados, consumidores ou usuários dos seus serviços consiste em solução adequada para propiciar a harmonização entre os interesses envolvidos. Transcreva-se, a este respeito, a orientação de ARNOLD WALD em artigo acerca dos interesses extra-societários nas sociedades anônimas:

[...] harmonização dos interesses aparentemente conflitantes existentes na sociedade. Aparentemente conflitantes porque, na realidade, a interdependência na qual vivemos nos obriga a reconhecer que a companhia só poderá progredir desde que atendidos todos os interesses que a ela estão vinculados, razão pela qual a empresa deixou de ser o objeto, que foi no passado, para se tornar um verdadeiro sujeito de direito, com múltiplas facetas que não excluem a unidade do todo.<sup>115</sup>

Há interesses, contudo, que não são facilmente internalizáveis como, por exemplo, os relacionados à proteção ambiental ou os atinentes à defesa da concorrência que demandam uma atenção especial para a transparência nas relações da empresa estatal para que sejam considerados na ponderação com os demais interesses.

Nestas situações, a transparência funcionará como medida legitimadora do poder de controle exercido pelo Estado-controlador. Em decorrência disto, deve o ordenamento oferecer soluções eficientes que sejam observadas de modo obrigatório pelas empresas estatais.

---

<sup>114</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit. p. 373, comentário de CALIXTO SALOMÃO FILHO em nota de texto n.º 69.

<sup>115</sup> WALD, Arnoldo. *Interesses Societários e Extra-societários na Administração das Sociedades Anônimas: A Perspectiva Brasileira*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 55, 1984, p. 17.

A transparência como dever de boa administração já vinha consagrada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 na qual se determinava que “*a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração*” (art. 15)<sup>116</sup>.

Conforme já salientado anteriormente, a Diretiva 80/723/CEE da Comissão da União Européia de 25 de Junho de 1980 relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-membros e as empresas estatais trilhou também este mesmo caminho.

Vale ressaltar, por fim, outro exemplo que demonstra a tendência mundial de preocupação com a transparência no que se refere às atividades do Estado-empresário nas “Orientações para a Boa Governança Corporativa das Empresas Estatais” (“*Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*”<sup>117</sup>) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de dezembro de 2004:

---

<sup>116</sup> O preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem deixa patente o fim do antigo regime, caminhando-se de um Estado voltado para si mesmo para um Estado voltado às necessidades dos indivíduos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, **considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos**, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres; **a fim de que os atos do poder legislativo e do poder executivo, podendo ser, a todo instante, comparados ao objetivo de qualquer instituição política, sejam por isso mais respeitados**; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, estejam sempre voltadas para a preservação da Constituição e para a felicidade geral.

Em razão disso, a Assembléia Nacional reconhece e declara, na presença e sob a égide do Ser Supremo, os seguintes direitos do homem e do cidadão: [...]

(fonte: endereço eletrônico da embaixada da França no Brasil disponível no link <http://www.ambafrance.org.br/14%20julho/declroits.html> acessado em 09.10.2005)

<sup>117</sup> Disponível em [http://www.ecgi.org/codes/documents/oced\\_guidelines\\_dec2004.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/oced_guidelines_dec2004.pdf) (acesso em 02.10.2005).

## V. Transparency and Disclosure

SOEs should observe high standards of transparency in accordance with the OECD Principles of Corporate Governance.

A. The co-ordinating or ownership entities should develop consistent and aggregate reporting on stateowned enterprises and publish annually an aggregate report on SOEs.<sup>118</sup>

A transparência é instrumento chave para o exercício proporcional do poder de controle do Estado sobre suas empresas, colaborando, sobretudo, para a correta ponderação dos interesses externos de difícil internalização nos órgãos da sociedade empresária estatal, conforme nota ARNOLDO WALD:

*Assim, para o empresário, seja proprietário ou administrador profissional, ela constitui o ponto de encontro de um capital afetado por uma ou várias pessoas, para realizar um objetivo econômico determinado, em relação ao qual ele assume a inteira responsabilidade da gestão.*

[...]

*Os acionistas minoritários e os debenturistas pretendem receber uma adequada remuneração pelo capital investido. Os consumidores estão interessados na qualidade e durabilidade do produto fabricado ou distribuído. Finalmente, o Estado faz prevalecer a função social da empresa, procurando examinar e, eventualmente, encaminhar a atuação da empresa de acordo com a macroeconomia.*

**Na realidade, existem conflitos na empresa pela diferença de concepção das mesmas situações pelos diversos participantes.** [...] E, por outro lado, Bloch Lainé esclarece, na sua obra já hoje clássica, sobre a reforma da empresa, que a **verdade empresarial não mais se encontra exclusivamente nos estatutos da companhia**<sup>119</sup>.  
[Grifos nossos]

---

<sup>118</sup> Em tradução livre:

V. Transparência e Informação

As Empresas Estatais devem observar altos padrões de transparência de acordo com os Princípios de Governança Corporativa da OCDE.

A. As entidades controladoras ou coordenadoras devem desenvolver relatórios consistentes e integrais sobre as empresas estatais e publicar anualmente um relatório consolidado sobre as Empresas Estatais.

<sup>119</sup> WALD, Arnaldo. *Interesses Societários e Extra-societários na Administração das Sociedades Anônimas: A Perspectiva Brasileira*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 55, 1984, p. 12.

### 4.3. FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL

A temática acerca da função social da empresa estatal, identificável por meio do processo de *funcionalização dos direitos*, reflete, em última análise, os embates filosóficos travados entre libertários e comunitaristas, especialmente, no caso brasileiro, durante a elaboração da Constituição de 1988.

Enquanto os primeiros dão maior relevância à liberdade, os comunitaristas prezam pelo valor igualdade, fazendo com que a particularidade de cada uma destas correntes de pensamento revele a evolução ocorrida desde a consagração dos direitos fundamentais de primeira geração (liberdades civis) até o surgimento das reivindicações no plano dos direitos sociais.

A idéia de JOHN DONNE<sup>120</sup> de que “*nenhum homem é uma ilha, sozinho em si mesmo; cada homem é parte do continente, parte do todo*” capta bem o pensamento comunitarista e transmite os diferentes perfis da alteridade como valor fundamental a informar as condutas humanas.

A função social da empresa estatal, portanto, cumpre a importante missão de domesticar a atividade econômica desenvolvida pelo Estado, evitando, assim, que esta siga um caminho de desobediência aos princípios estabelecidos para a ordem econômica.

---

<sup>120</sup> John Donne, poeta inglês do século XVI, em seu texto “*Meditações XVII*”, escreveu este trecho, mais tarde usado pelo escritor norte-americano Ernest Hemingway em seu romance “*Por quem os sinos dobram*”:

*“Nenhum homem é uma ilha, sozinho em si mesmo; cada homem é parte do continente, parte do todo; se um seixo for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se fosse um promontório, assim como se fosse uma parte de seus amigos ou mesmo sua; a morte de qualquer homem me diminui, porque eu sou parte da humanidade; e por isso, nunca procure saber por quem os sinos dobram, eles dobram por ti”.*

Além da repercussão na própria ordem econômica, uma vez que esta constitui seu habitat natural, deve-se ter em mente que a atuação das companhias estatais extravasa tal ordem, vindo a repercutir em outras esferas de interesses como as apontadas anteriormente (esfera de trabalhadores, família, comunidades do entorno do estabelecimento, meio ambiente, consumidores, concorrentes, dentre outras).

O aprofundamento da função social das empresas estatais tem especial relevância no contexto brasileiro, em razão de graves crises na esfera política, abalada pela inadequada atuação do Estado-empresário, em razão da indevida influência política na nomeação dos dirigentes destas empresas, atendendo a interesses por vezes contraditórios à sua verdadeira missão institucional.

#### 4.3.1. A IDÉIA DE 'FUNÇÃO'

O vocábulo '*função*', também utilizado na própria matemática em que o valor de uma variável ( $y$ ) depende essencialmente dos efeitos causados pela mudança de outra ( $x$ ), foi abordado de maneira clara por CALMON DE PASSOS na seguinte passagem:

*Quando se diz que o **figado** é um órgão ao qual se associa a **função hepática**, estamos afirmando que ele desempenha certa atividade cujos efeitos são **direcionados em benefício de outros órgãos ou funções que, por sua vez, servem ao homem, em termos de totalidade**. Eis o que para mim é função - **um atuar a serviço de algo que nos ultrapassa**. **Função social**, conseqüentemente, pode ser entendida como o **resultado que se pretende obter com determinada atividade do homem ou de suas organizações, tendo em vista interesses que ultrapassam os do agente**. Pouco importa traduza essa atividade exercício de direito, dever, poder ou competência. **Relevantes serão, para o conceito de função, as conseqüências que ela acarreta para a***

**convivência social.** *O modo de operar, portanto, não define a função, qualifica-a*<sup>121</sup>. [Grifos nossos]

A convivência social, tomando em conta a presença de outros interesses, aproxima-se da idéia de *alteridade* explorada no estudo das diferentes teorias da justiça. A consideração do outro tem sua raiz no pensamento tomista e influenciou o Direito no estabelecimento de direitos em função dos efeitos que produzem com relação a terceiros.

A discussão sobre a idéia de *alteridade* escapa ao âmbito do tema ora em análise, mas sinaliza a fonte comum para os conceitos a serem abordados adiante de *função social, responsabilidade social e filantropia social*, todos inconfundíveis uns com os outros, mas possuindo a mesma descendência ideológica.

A própria Constituição federal de 1988 após a Emenda Constitucional n.º 19, de 1998, sinalizou adequadamente para a necessidade de o **estatuto das empresas estatais**, que está por ser editado, dispor sobre a função social que deverão desempenhar:

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

*§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:*

*I - **sua função social** e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;*

---

<sup>121</sup> CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. Função social do processo. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.343, jul./set., 1998.

### 4.3.2. A FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS

A referência anterior mais significativa a respeito da função social consistia no artigo 153 da Constituição de Weimar, segundo o qual “*a propriedade obriga*”, acabando, assim, com o exercício incondicionado do direito de propriedade.

Justamente como reação à supervalorização dos direitos individuais tidos como absolutos, LÉON DUGUIT formulou a idéia do ***direito-função***, chegando ao extremo de até mesmo aniquilar a categoria de direitos subjetivos, tal como se observa de suas conclusões:

***A propriedade não é um direito; é uma função social. O proprietário, a saber, o possuidor de uma riqueza, tem, pelo fato de tê-la, uma função social a cumprir; enquanto cumprir esta missão, seus atos de proprietário estão protegidos. Se não cumprir ou cumprir mal, por exemplo, não cultivar sua terra ou deixar arruinar sua casa, a intervenção governamental é legítima para obrigar-lhe a fazer cumprir com a função social de proprietário, que consiste em assegurar o emprego das riquezas que possui conforme seu destino***<sup>122</sup>. [grifos nossos]

Apesar de exagerada, a crítica de DUGUIT é compreensível, pois deveria provocar a ruptura do modelo patrimonialista das codificações oitocentistas em que os direitos individuais detinham peso máximo, em detrimento dos efeitos que causassem em outras órbitas.

A *funcionalização dos direitos* vem, portanto, adequar o exercício dos direitos subjetivos aos efeitos que causem ou possam eventualmente causar nas esferas de outros interesses igualmente legítimos e merecedores de proteção por parte do ordenamento jurídico.

---

<sup>122</sup> DUGUIT *apud* TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A Função Social da Empresa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 810, abr/2003, pp. 33-50.

Conforme ensina CALIXTO SALOMÃO FILHO<sup>123</sup>, o caminho da função social vai dos bens às relações. Isto porque de início estava ligada à função social da propriedade (aspecto estático da riqueza) e, com o incremento das trocas e a crescente complexidade das relações sociais, volta-se a atenção para a função social da empresa e dos contratos (aspecto dinâmico da riqueza).

Antes, portanto, havia um tratamento casuístico na lei das situações fáticas que não ensejavam o cumprimento da função social da propriedade, tal como se nota quanto à função social da propriedade urbana descrita no artigo 182 §2º da Constituição de 1988. Para a função social da empresa, entretanto, esta técnica legislativa não mais servirá, como se passa a expor.

#### 4.3.3. A ESTRUTURA DA FUNÇÃO SOCIAL COMO PODER-DEVER

Cumprido, antes de abordar a função social da empresa estatal especificamente, discorrer brevemente sobre a estrutura da função social, independente do instituto jurídico a que estiver associada (propriedade, posse, família, contrato, empresa, etc.).

TOMASEVICIUS, valendo-se de ensinamentos no campo do direito público, faz a transposição da noção de “*poder-dever*” para caracterizar a estrutura da função social. Neste sentido, veja-se a lição no direito público de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

*[...] a Administração exerce **função**: a função administrativa. 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. Logo, tais poderes*

---

<sup>123</sup> Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v.132, p. 7.

são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, “**deveres-poderes**”, **no interesse alheio**.

Quem exerce “**função administrativa**” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, **interesses de outrem: a coletividade**. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.<sup>124</sup> [grifos nossos]

A estrutura da função social, portanto, consiste em compor os conceitos de *dever jurídico* e *direito subjetivo*, consubstanciando, assim um *poder-dever*, tal como corroborado por FABIO KONDER COMPARATO na seguinte passagem:

**Função, em direito, é um poder de agir sobre a esfera jurídica alheia, no interesse de outrem, jamais em proveito do próprio titular. Algumas vezes, interessados no exercício da função são pessoas indeterminadas e, portanto, não legitimadas a exercer pretensões pessoais e exclusivas contra o titular do poder. É nessas hipóteses, precisamente, que se deve falar em função social ou coletiva. (...) em se tratando de bens de produção, o poder-dever do proprietário de dar à coisa uma destinação compatível com o interesse da coletividade transmuda-se, quando tais bens são incorporados a uma exploração empresarial, em poder-dever do titular do controle de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.<sup>125</sup> [grifos nossos]**

#### 4.3.4. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL COMO MODULADORA DO PODER DE CONTROLE

Tal como apontado por CALIXTO SALOMÃO FILHO, após a primeira fase de identificação da função social da propriedade, acompanhando a mobilização da riqueza, uma vez que a riqueza deixa de ser estática e passa a ser dinâmica, faz-se necessária a funcionalização de outros institutos.

<sup>124</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. 12ª ed. rev. atual e ampl., São Paulo: Malheiros, 2000.

<sup>125</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 179.

Após a Revolução Industrial a presença da empresa na vida das pessoas torna-se patente e acaba por exercer influência direta sobre o convívio social, necessitando, por este motivo, de uma disciplina jurídica adequada. No caso brasileiro, já previa a Lei de sociedades anônimas (lei n.º 6.404/76) no artigo 154 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**.* [grifos nossos]

Além deste dispositivo, que se aplicava diretamente às **sociedades de economia mista** e, por analogia, às empresas públicas, o mencionado diploma legal, ainda antes da Constituição de 1988, atento à crescente industrialização do país e antevendo as conseqüências que a atividade econômica inevitavelmente acarretaria em outros domínios, determinava que o acionista controlador deveria usar seu poder:

*com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e **cumprir 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<sup>126</sup>.* [grifos nossos]

ALFREDO LAMY FILHO em artigo intitulado “*A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização*”<sup>127</sup>, aponta as repercussões sociais, econômicas e políticas trazidas pela atividade empresarial. O texto é particularmente elucidativo quando reforça a idéia de que a empresa é uma realidade, vale dizer,

---

<sup>126</sup> Note-se que o dispositivo citado leva em conta terceiros interessados (*stakeholders*) e não apenas os acionistas (*shareholders*).

<sup>127</sup> LAMY FILHO, Alfredo. “A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização”. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* 190, out.-dez. 1992.

uma instituição assim como a família, presente na vida das pessoas, havendo uma verdadeira 'simbiose' entre a empresa e as pessoas.

A partir de tais constatações conclui o autor ser necessária a reumanização da empresa, para que sejam levadas em conta as influências na vida dos que nela trabalham e de terceiros como consumidores e a própria comunidade, fazendo a diferença entre a boa e má corporação, entre o aventureiro e o verdadeiro empreendedor.

Embora não direcionado para o âmbito das empresas estatais, o pensamento do comercialista é em tudo aplicável a elas. Importante considerar, ainda, que o amplo espectro de liberdade de atuação da empresa exigiu um tratamento jurídico diferente daquele conferido à propriedade. A descrição pormenorizada na lei de como atingir a função social da empresa torna-se inviável, dada a complexidade de sua interação com diferentes instituições sociais.

A noção ampla do *neminem laedere*, de não fazer mal às pessoas, torna-se insuficiente, passando-se a exigir da empresa obrigações positivas, ainda que não previstas em lei. Tome-se como exemplo de aplicação prática o voto proferido por NORMA JONSSEN PARENTE, diretora da Comissão de Valores Mobiliários, que se reportando ao texto de TOMASEVICIUS, justifica o rodízio dos auditores independentes nas companhias abertas com base no princípio da função social da empresa<sup>128</sup>.

A aplicação da função social ocorria sob os aspectos *incentivador* e *condicionador* do exercício da empresa. O primeiro diz respeito à identificação da

---

<sup>128</sup> Decisão disponível em <http://www.cvm.gov.br/Port/DesCol/respdecis.asp?File=4231-1.htm> (acesso em 20.10.2005)

empresa como propulsora do crescimento econômico e determina, com isso, a sua preservação quando em conflito com outros interesses, tal como utilizado na nova postura da atual lei de recuperação das empresas.

Quanto ao aspecto condicionador, pode ser subdividido em dois enfoques. O primeiro enfoque relaciona-se aos agentes internos da empresa – trabalhadores e acionistas minoritários, por exemplo – que condicionam a atividade econômica de modo a respeitar tais interesses.

Já o segundo enfoque leva em consideração os fundamentos e princípios constitucionais que guiam a ordem econômica e que estão estipulados no artigo 170 da Constituição Federal para condicionar a atuação em relação a centros de interesse externos à empresa, denominado, por este motivo, de enfoque exógeno.

Curioso notar que, ao contrário da lei de sociedades anônimas, o novo Código Civil não faz menção à função social da empresa. Para corrigir esta falha, o Projeto de Lei 6.960/2002, do deputado Ricardo Fiúza, propõe o acréscimo do seguinte parágrafo ao art. 966 do Código que seria aplicável às empresas estatais:

*§ 2.º O exercício da atividade de empresário, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, observará os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé e pelos bons costumes.*

De toda forma, o estatuto das empresas estatais deve implementar esta previsão para que deixe claro a submissão do poder de controle estatal à realização da função social para a qual foi criada a entidade governamental.

Haveria, assim, maior sintonia com a Constituição Federal, não significando, porém, que na sua ausência a função social poderia deixar de ser observada, já que, como já exposto, o artigo 170 da Constituição federal de 1988 informa os princípios a serem observados pelos agentes da ordem econômica e a função social da empresa pode ser extraída daí<sup>129</sup>.

#### 4.4. RESPONSABILIDADE SOCIAL E FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL

A doutrina procura distinguir os conceitos de responsabilidade social e função social a partir do caráter voluntário do primeiro, em contraposição à obrigatoriedade de do segundo, tal como o faz TOMASEVICIUS no seguinte trecho:

*Na **responsabilidade social**, verifica-se esta última situação de **responsabilidade sem dever** ou responsabilidade por fato de terceiro. **A empresa responde perante a sociedade pela inação estatal de cumprir com seus deveres de proporcionar aos cidadãos uma existência digna, ficando obrigada a atuar em setores que, tradicionalmente, são de competência estatal.** E quando o Estado não cumpre com seus deveres, surge a **responsabilidade para a iniciativa privada**, seja através da lei, por exemplo, ao estabelecer a obrigação de as empresas ajudarem no custeio da seguridade social ou, então, a própria sociedade reclama que as empresas respondam pelo mesmo, exigindo atitudes de **cidadania empresarial**.*

*Além disso, em matéria de responsabilidade social, é pertinente a distinção de responsabilidade entre as **macroempresas** e as **microempresas**. Estas, por não terem poder econômico, não podem estar sujeitas a uma responsabilidade que, tradicionalmente, é do Estado, enquanto aquelas têm maiores recursos para suportar tais responsabilidades. [Grifos nossos]*

---

<sup>129</sup> Neste sentido, veja-se o teor do Enunciado n.º 53, aprovado nas Jornadas de Direito Civil, promovidas pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e cuja implementação em forma de artigo do código teria um papel pedagógico importante:

**53** – Art. 966: deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa, a despeito da falta de referência expressa.

(Disponível em <http://daleth.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>, acesso em 20/10/2005)

Há que se perceber a zona de coincidência destes conceitos, já que todos eles abandonam o espectro meramente individual para alargar o âmbito de influência que a atividade econômica inevitavelmente alcança.

Neste sentido, todas as condutas que cumprem a função social são socialmente responsáveis, mas o inverso não é verdadeiro, uma vez que nem todas as condutas que atendam aos parâmetros de responsabilidade social são exigíveis a partir do cumprimento da função social da empresa.

A imposição e abstenção de condutas a serem adotadas pelas empresas para que atendam a sua função social se diferenciaria da espontaneidade de atitudes para que elas tenham uma gestão socialmente responsável.

É verdade, no entanto, que, quanto mais evoluída a sociedade, mais atenta às condutas socialmente responsáveis estará e este fato servirá de pressão para que tais atitudes sejam progressivamente incorporadas às práticas empresariais e, posteriormente, à própria lei que exigirá sua implementação.

O balanço social, adotado por algumas empresas estatais<sup>130</sup>, é exemplo desta progressiva adoção de práticas socialmente responsáveis. Hoje já tramita no Congresso um projeto de lei federal para tornar obrigatória a publicação de um balanço social<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> Veja-se, por exemplo, o balanço social de 2004 da Petrobras, disponível no site da empresa estatal no link: [http://www2.petrobras.com.br/ResponsabilidadeSocial/portugues/pdf/Petrobras\\_Balanco\\_Social\\_final\\_port\\_2004.pdf](http://www2.petrobras.com.br/ResponsabilidadeSocial/portugues/pdf/Petrobras_Balanco_Social_final_port_2004.pdf) (acesso em 12/11/2005).

<sup>131</sup> O Projeto de Lei n.º 32/99 do Dep. Federal Paulo Rocha, que cria o Balanço Social, foi aprovado na Comissão do Trabalho em 17/11/1999 e seguirá tramitando na Comissão de Finanças. Posteriormente, se aprovada, seguirá para a Comissão de Constituição e Justiça (fonte: <http://www.balancosocial.org.br>)

Fora do nível federal, o Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei n.º 11.440, de 18-01-2000:

Outro exemplo são os indicadores do instituto ETHOS de Responsabilidade Social que constituem uma ferramenta para avaliação da gestão da empresa para a incorporação de práticas socialmente responsáveis.<sup>132</sup>

Neste ponto, cabe especial atenção ao relacionamento das empresas estatais federais no âmbito de outros entes da federação ou mesmo na sua atuação internacionalmente.

A própria ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU considera essencial o esforço para elaboração de códigos de conduta para as macroempresas. Embora não trate especificamente das multinacionais estatais, as considerações acerca das “*transnational corporations*” – **TNC’s** podem ser transpostas para o âmbito das empresas estatais, em razão da sua influência significativa em diversos setores:

---

“Cria o **Certificado Responsabilidade Social – RS** – para empresas estabelecidas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências.

Paulo Odone Ribeiro, Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

Faço saber, em cumprimento ao disposto no parágrafo 7º do artigo 66 da Constituição do Estado, que a Assembléia Legislativa aprovou e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º - Fica instituído o **Certificado Responsabilidade Social – RS** – a ser conferido, anualmente pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, às empresas e demais entidades com sede no Rio Grande do Sul que apresentarem o seu **Balanço Social** do exercício imediatamente anterior.

Parágrafo único. Para fins do disposto no “caput” as empresas e demais entidades deverão encaminhar à Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul o seu **Balanço Social** até o último dia do mês de junho do ano seguinte ao de referência do Balanço.

Art. 2º - Para os fins desta Lei **considera-se Balanço Social** o documento pelo qual as empresas e demais entidades apresentam dados que permitam identificar o perfil da sua atuação social durante o exercício, a qualidade de suas relações com os empregados, o cumprimento das cláusulas sociais, a participação dos empregados nos resultados econômicos e as possibilidades de desenvolvimento pessoal, bem como a forma de interação das empresas e demais entidades com a comunidade e sua relação com o meio ambiente. [grifos nossos]

<sup>132</sup> “Estes indicadores abrangem os temas *Valores e Transparência, Público Interno, Meio Ambiente, Fornecedores, Consumidores e Clientes, Comunidade e Governo e Sociedade*. Seus principais objetivos são ajudar as empresas a: a) compreender e incorporar de forma progressiva o conceito do comportamento empresarial socialmente responsável; b) implementar política e práticas que atendam a elevados critérios éticos, contribuindo para alcançar sucesso econômico sustentável a longo prazo.” (fonte: <http://www.comunicarte.com.br/indicadores.php>)

Thus, **social responsibility** may assume economic, social, political and ethical dimensions in that TNCs are expected to conduct their economic affairs in good faith and in accordance with proper standards of economic activity, while also observing fundamental principles of good socio-political and ethical conduct. [...]

The developments discussed in section I have given a new impetus to various types of **corporate codes**, some of which have a long history. **Although such codes are voluntary rather than legally binding requirements, they are often the result of social pressures, and are adopted in response to real or perceived threats of social sanctions or legislative action.**<sup>133</sup>

Na mesma linha a opinião da Anistia Internacional com relação ao indispensável respeito aos direitos fundamentais:

**Companies have a direct responsibility for the impact of their activities on their employees, on consumers of their products and on the communities within which they operate.** This means ensuring the **protection of human rights** in their own operations. They also have a **broad responsibility**, embodied in the expectations of civilized society and in international protocols, **to use their influence to mitigate the violation of human rights.** This applies whether these violations are committed by governments, by the forces of law and order, or by opposition groups in the countries where companies have a presence.

The Amnesty International Guidelines go on to note that TNCs often also operate in **countries with poor human rights records.** In such cases, **firms are urged to use their influence to promote respect for human rights, given that silence might increasingly be interpreted as providing support for oppressive regimes, which in turn might adversely influence a company's reputation.**<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Em tradução livre:

“Assim, responsabilidade social pode assumir dimensões econômicas, sociais, políticas e éticas nas quais se espera das empresas multinacionais que conduzam sua atividade econômica de boa-fé e de acordo com standards adequados de atividade econômica, além de observar princípios fundamentais de boa conduta sócio-política e ética.

Os avanços discutidos na seção I têm dado novo estímulo a vários tipos de códigos corporativos, alguns dos quais têm uma longa história. Embora tais códigos sejam voluntários em lugar de consistirem em previsões legais coercitivas, eles são frequentemente o resultado de pressões sociais, e são adotados em resposta a ameaças reais ou aparentes das sanções sociais ou ação legislativa.”

(Publicação de 2001 da United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD Series) sobre “Social Responsibility” disponível em:

<http://www.unctad.org/TEMPLATES/Download.asp?docid=1369&lang=1&intItemID=2322> (acesso em 11/10/2005).

<sup>134</sup> *As companhias têm uma responsabilidade direta para o impacto de suas atividades em seus empregados, em consumidores de seus produtos e nas comunidades dentro onde operam. Isto significa assegurar a proteção de direitos humanos em suas próprias operações. Têm também uma responsabilidade larga, corporificada nas expectativas da sociedade civilizada e em tratados internacionais, para usar sua influência para mitigar a violação de direitos humanos. Isto se aplica se*

Interessante a consideração da hipótese de **responsabilidade por omissão**, quando prevê que a companhia que detiver o poder de influência para alterar positivamente situações de violação de direitos humanos, mas não fizer uso deste poder, poderá ser tida como responsável pela sua inação.

Apesar de não ser freqüente a atuação das empresas estatais federais em nível internacional, vislumbra-se a problemática mais comum do relacionamento com governos estaduais ou municipais. O poder econômico destas entidades deve ser direcionado de modo a que cumpra sua função social, sem conflitar com interesses locais ou regionais.

#### **4.5. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA ESTATAL E A INFLUÊNCIA NO DIRECIONAMENTO DO PODER DE CONTROLE**

O tema da função social revela a progressiva inserção dos postulados comunitaristas em tentar a busca da justiça social por meio da consideração do outro (noção de alteridade) bem descrita na seguinte passagem do texto de TOMASEVICIUS:

*Na visão de Comte, havia o binômio ordem e progresso, sendo este condicionante daquele. Por isso, os seres humanos eram vistos*

---

*estas violações são cometidas por governos, pelas forças de lei e de ordem, ou por grupos da oposição nos países onde as companhias estão presentes.*

*As orientações da Anistia Internacional vão além para notar que as multinacionais também operam frequentemente em países de pouca tradição de respeito aos direitos humanos. Nesses casos, as empresas são instadas a usar sua influência para promover o respeito aos direitos humanos, dado que o silêncio pode cada vez mais ser interpretado como fornecer suporte a regimes opressivos, o que em troca pode influenciar a reputação da companhia.*

(Trecho da publicação da UNCTAD sobre responsabilidade social, disponível no site:

<http://www.unctad.org/TEMPLATES/Download.asp?docid=1369&lang=1&intItemID=2322> – acesso em 11.10.2005)

*como funcionários, que deveriam agir segundo a ordem. **Nessa concepção, cada ser humano deve trabalhar em função da ordem social e, por isso, não age livremente, mas sim em benefício ou em função da sociedade.***

A atuação da empresa estatal deve ter em mente a função social que esta tem de cumprir para que possa caminhar de mãos dadas com outras instituições. O simples fato de estar inserida na ordem econômica exige a observância das regras do jogo desta esfera, cumprindo os princípios e objetivos almeçados pela sociedade.

Desta maneira, levando em conta o caráter propulsor para o desenvolvimento econômico e a interpenetração nas diferentes ordens, torna-se fundamental delinear os contornos do conceito de função econômica a partir do artigo 170 da Constituição Federal para que possam ser exigidas prestações positivas e não meras abstenções de conduta por parte das empresas.

Há que se ressaltar, ainda, que as condutas socialmente responsáveis têm grande valia para a convivência social, mas diferenciam-se da função social, na medida em que não podem ser exigidas compulsoriamente.

Há um esforço gradativo de se consolidar uma prática socialmente responsável em textos legislativos, tornando-o cogente. Considera-se, assim, louvável a iniciativa da Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA ao desenvolver o ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial<sup>135</sup>, do qual fazem parte empresas estatais como a CEMIG e a ELETROBRÁS, por exemplo.

---

<sup>135</sup> Mais informações sobre o índice ISE no site da BOVESPA no link <http://www.bovespa.com.br/Mercado/RendaVariavel/Indices/FormConsultaApresentacaoP.asp?Indice=ISE> (acesso em 13/12/05).

Saliente-se, por fim, as orientações de boas práticas de governança corporativa para empresas estatais – *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*<sup>136</sup>, elaboradas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em que são destacados fundamentalmente os princípios da transparência (*disclosure*), equidade (*fairness*), prestação de contas (*accountability*), cumprimento das leis e ética (*compliance*).

À medida que as condutas socialmente responsáveis forem incorporadas à função social da empresa estatal, a influência no direcionamento do poder de controle será mais significativa e os interesses em jogo poderão ser adequadamente ponderados. Essa mensagem aparece no bonito trecho de PONTES DE MIRANDA:

*Para a maioria dos homens, os direitos aparecem como o que eles podem fazer, cobrar, exigir. Têm das situações jurídicas em que se acham, ou em que se acha alguém, impressões de projeção do eu. O mundo é organizado de tal forma que esses direitos, bilhões de direitos numa só cidade – a propriedade dos prédios, dos móveis, das jóias, as notas promissórias, as ações, o ordenado, a entrada dos teatros e cinemas – se lançam, se cruzam, sem que nunca se choquem, ou se firam. Dificilmente se compreende que haja embaraços ao exercício deles, entre si. Por que haviam de não coexistir, confortavelmente, sem se tocarem, o meu direito de autor e o direito dos outros às suas casas, ao seu quintal, à eletricidade que nos serve? Por aí se chega à concepção absolutista, atômica, dos direitos subjetivos. Nenhum depende do outro; nem ofende o outro. Movem-se, convivem, sem nunca se encontrarem. Ainda dos direitos dos condôminos, dos compossuidores, dos sócios, tem-se a idéia pluralística, que não chega a ser, sequer, molecular. Linhas. Não mais do que linhas. E sem que uma atravesse a outra, ou a corte. O egoísmo humano encontra em tal noção da vida jurídica a imagem que mais lhe agrada. O indivíduo como que se libera nesse infinito de órbitas, de trajetórias coerentes e inflexíveis. Assim seria o mundo jurídico. Aqui e ali, uma ou outra limitação dos direitos, mas feita pela lei. Os juristas logo a inserem nas definições, nos efeitos, nas modalidades. E os direitos como que se retraem, para que se não tenha a impressão da restrição, do corte.*

*Mas o mundo jurídico não é assim. Nunca foi. Os direitos topam uns nos outros. Cruzam-se. Molestam-se. Têm crises de lutas e de hostilidades. Exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito (...).*

---

<sup>136</sup> Disponível no site da OCDE no seguinte link [http://www.oecd.org/document/33/0,2340,en\\_2649\\_37439\\_34046561\\_1\\_1\\_1\\_37439,00.html](http://www.oecd.org/document/33/0,2340,en_2649_37439_34046561_1_1_1_37439,00.html) (acesso em 05.10.2005)

*O estudo do abuso do direito é a pesquisa dos encontros, dos ferimentos, que os direitos se fazem. Se pudessem ser exercidos sem outros limites que os da lei escrita, com indiferença, se não desprezo, da missão social das relações jurídicas, os absolutistas teriam razão. Mas, a despeito da intransigência deles, fruto da crença a que se aludiu, a vida sempre obrigou a que os direitos se adaptassem entre si, no plano do exercício. Conceptualmente, os seus limites, os seus contornos, são os que a lei dá, como que põe objetos na mesma maleta ou no mesmo saco. Na realidade, quer dizer – quando se lançam na vida, quando se exercitam – têm de coexistir, têm de conformar-se uns com os outros.<sup>137</sup>*

---

<sup>137</sup> MIRADA, Pontes de *apud* MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Abuso de Direito*. Revista Trimestral de Direito Civil, Padma Editora, vol. 13, 2003, p. 97

## CONCLUSÃO

A República Federativa do Brasil constitui-se em **Estado Democrático de Direito**, conforme consagrado no primeiro artigo da Constituição federal de 1988 e, por conta disto, toda manifestação do Estado deverá ser iluminada por este mandamento, sob pena de se subtrair a efetividade desejada pelo constituinte, transformando-a numa Constituição meramente semântica.

As condutas que caracterizam o Estado Democrático de Direito primam pela assimilação enérgica dos princípios constitucionais que deverão inspirar todas as formas de atuação do Estado, inclusive na sua intervenção sobre a órbita econômica e, no que diz respeito ao objeto ora sob análise, nas suas condutas como acionista controlador das empresas estatais.

Espera-se que as experiências autoritárias do passado recente nacional estejam de todo afastadas e não voltem a obscurecer o Estado, inclusive na sua atuação como Estado-controlador. Ao conduzir as atividades das sociedades empresárias que estão sob seu comando, não pode se comportar de forma análoga ao antigo acionista-controlador das sociedades familiares brasileiras que exercia um poder de controle *absoluto* sobre suas empresas.

No âmbito privado, o exercício abusivo do poder de controle leva ao extremo de se considerar os demais interessados na atividade econômica como acessórios ou mesmo como inconvenientes ao processo produtivo. É neste contexto que deve ser entendida a afirmativa de um banqueiro alemão que figurava como acionista controlador numa sociedade anônima e segundo o qual o acionista minoritário seria *um tolo arrogante*: “tolo porque nos dá o seu dinheiro e arrogante porque ainda deseja receber dividendo”.

O poder de controle nas empresas estatais exige do Estado-controlador uma postura adequada em consonância com o espírito do Estado Democrático de Direito cuja absorção passa necessariamente pela observância dos **princípios constitucionais**, sobretudo aqueles que possuem influência direta na **ordem econômica**.

Foram aproveitados os ensinamentos de MICHAEL WALZER para que se aplicasse a fundamentação axiológica, exigindo-se que as esferas de atuação do Estado constituam verdadeiras **esferas de justiça**, cada qual com regras próprias e insuscetíveis de dominação por contaminação, ou seja, o simples fato de se destacar em uma esfera não implica necessariamente no domínio em outra.

Portanto, a presença do Estado na esfera econômica deve pautar-se pela observância das normas que disciplinam a atividade de todos os agentes econômicos. Os **princípios setoriais da ordem econômica** cumprem, neste ponto, função nevrálgica para guiar o comportamento das condutas conforme o Direito.

A principal consequência da materialização do Estado Democrático de Direito no âmbito das empresas estatais consiste na observância dos princípios constitucionais orientados pela aplicação do **princípio da proporcionalidade**. Com

efeito, a conduta do Estado-controlador deve pautar-se por medidas adequadas, necessárias e proporcionais aos demais interesses que serão atingidos.

A condução das atividades da empresa estatal pode ser representada por um vetor-resultante que consiste na soma de vários vetores representativos dos interesses em jogo, inclusive o próprio interesse do Estado-controlador. A proporcionalidade torna-se, assim, critério julgador da escolha da medida a ser adotada, inclinando-se para um ou outro lado conforme a intensidade do interesse a ser ponderado.

Chega-se, em tese, ao ponto ótimo do exercício proporcional do poder de controle na empresa estatal, embora a multiplicidade de situações fáticas revele sérias dificuldades práticas na sua aplicação. Há de se estar atento, contudo, aos pressupostos do Estado Democrático de Direito para justamente se controlar o poder exercido pelo Estado.

Somente assim serão **estabilizadas as relações intra e extra-societárias**, conformando-se a atuação estatal a condutas que estejam em harmonia com todos os interesses envolvidos.

Contribuição sensível para que se atinja a estabilidade no âmbito da empresa estatal é o papel essencial desempenhado pelos seus órgãos de administração, para que o poder de controle seja exercido conforme os balizamentos constitucionalmente desejados.

Na linha do exemplo adotado pelo Código das Sociedades Comerciais português, que pretendeu adotar um conceito firme para a administração das

companhias, trilha-se o caminho de evitar, ao máximo, a **politização indevida**, para o caso da transposição de tais regras no âmbito das empresas estatais.

Esta orientação segue a mesma lógica da lei alemã que fala em “homem de negócios ordenado”, abandonando o insuficiente padrão do bom pai de família. Tal padrão de diligência era suficiente para cuidar daquele patrimônio imóvel a que se referia o direito romano, mas não para gerir os bens de uma empresa moderna, menos ainda, em se tratando de uma empresa estatal.

Afora a questão atinente à administração, ponto relevante e, de certa forma, contrário ao posicionamento tradicional da doutrina, consiste nas idéias desenvolvidas por HUMBERTO ÁVILA, para quem haveria uma verdadeira *conexão estrutural* entre os diversos grupos de interesses, não fazendo sentido falar-se em prevalência *a priori* de qualquer um deles. Procurou-se afastar, assim, o dogma da **supremacia do interesse público**, defendendo-se a concordância prática de todos os interesses envolvidos.

Para implementar o afastamento da supremacia do interesse público, a solução proposta parte da teoria do **institucionalismo integracionista** (ou *organizativo*), de acordo com o qual os interesses devem ser internalizados nos órgãos da companhia, para que assim sejam estabilizados com os demais interesses envolvidos.

Um dos interesses que mereceu especial atenção foi o **interesse dos empregados** que também constitui vetor essencial na modulação do poder de controle estatal. O Estado, como grande empregador, tem de levar em conta, na condução das atividades da empresa estatal, os interesses especificamente relacionados aos seus colaboradores.

Há de se ter em mente, neste ponto, tanto a principiologia constitucional relacionada ao trabalho, quanto o próprio fundamento da República, uma vez que esta foi constitucionalmente estruturada visando a proteção à dignidade da pessoa humana. A contratação de pessoal apto a movimentar as atividades da empresa estatal tem de levar em consideração tais aspectos.

O regime dos empregados das empresas estatais tem peculiaridades quando confrontado com o regime dos ocupantes de cargos na Administração centralizada. Seus contornos jurídicos foram delineados a partir do artigo 173 da Constituição que determina a sujeição ao regime trabalhista privado, mas com influxos publicísticos que não podem ser negligenciados pelo Estado-controlador.

Assim, pode-se citar um dos exemplos abordados que traz a nítida composição do interesse dos trabalhadores com o interesse do Estado-controlador. Trata-se da análise da *demissão sem justa causa* no âmbito da empresa estatal, em que a composição de ambos os interesses é orientada pelos princípios constitucionais a que está sujeita, por ser entidade integrante da Administração indireta, e passa necessariamente pela indispensável motivação do ato por parte do controlador, conjugando-se, ainda, com a adoção de um critério impessoal na escolha dos empregados.

Além de interesses intra-societários como o dos empregados, mereceu especial tratamento a posição ocupada pelos **interesses extra-societários**, abordados no último capítulo, e que refletem a variada gama de centros jurídicos a serem alcançados pela atuação do Estado como controlador da empresa.

Em relação aos interesses extra-societários, concluiu-se que **consumidores** e **usuários** também representam interesses legítimos e devem,

sempre que possível, sofrer a internalização nos órgãos da empresa estatal. Embora haja nítida diferença entre uma e outra categoria, a jurisprudência não tem adotado esta distinção, em razão provavelmente da inexistência da legislação demandada pelo constituinte, quando da Reforma Administrativa de 1998, que disporá sobre os direitos dos usuários de serviços públicos.

A importante **questão ambiental** que repercute diretamente no conflito intergeracional apresenta dificuldades de internalização nos órgãos da empresa estatal e, por isso, deve ter como contrapartida a exigência de **atuação transparente** para que se possa analisar adequadamente se o interesse difuso da proteção ambiental foi considerado e balanceado em relação ao poder de controle estatal.

O vetor representado pelos **concorrentes** da empresa estatal, se este for o caso, também depende intensamente da observância da transparência, especialmente no que se refere às transferências de *ajudas públicas* do ente controlador para a empresa estatal. A ausência de transparência acarretará certamente prejuízo da justa concorrência entre os agentes econômicos.

Defendeu-se ainda, no último capítulo, a conformação do poder de controle à **função social cumprida pela empresa estatal**. Ressaltou-se, na oportunidade, que é indispensável a consideração de um espectro amplo de interesses legítimos, a partir da noção de *alteridade*, para que o Estado possa dirigir de maneira justa sua influência determinante na vida da estatal.

O poder econômico exercido pelo Estado-empresário é uma função social a serviço da coletividade. Neste sentido, as diretrizes aplicáveis às empresas privadas devem ser projetadas com maior força para o âmbito das estatais.

O Estado Democrático de Direito demanda que se caminhe hoje para a superação do modelo tradicionalmente apegado a uma **absolutização** das prerrogativas do Estado. Essa superação corresponde à mudança de eixo operada no âmbito privado no que concerne ao exercício dos poderes atinentes à propriedade, que era considerada como o direito de "*jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*", conforme previsto no Código Civil francês.

A concepção democrática para o governo das empresas estatais parte da observância de diretrizes constitucionais mestras, atreladas ao conhecimento histórico acumulado, para que sejam identificados os interesses em jogo, fazendo-se possível e perfeitamente viável a sua conciliação.

Idéias mais claras sobre os contornos do poder de controle do Estado nas suas empresas proporcionam um ambiente onde as regras de justiça beneficiam a todos. A abordagem foi sempre orientada pelos **aspectos axiológicos** que legitimam o exercício do poder de controle.

O poder de controle do Estado-empresário ganhará contornos ainda mais precisos com a elaboração do estatuto das empresas estatais, conforme determinado pela Constituição federal de 1988, que deverá estar atento aos temas abordados para que ele seja exercido legitimamente, orientado pelos princípios constitucionais e ponderado com os interesses em jogo, para que possa cumprir a função social para a qual foi criada a empresa estatal.

▪

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHARONI, Yair. *The Evolution and Management of State Owned Enterprises*. Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1986.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Distinção entre usuário de serviço público e consumidor*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 13, abril-maio, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de novembro de 2005.

AUTIN, Jean-Louis et RIBOT, Catherine. *Droit Administratif Général*. Paris: Litec, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Constitucional e os limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, n.º 14, junho/agosto, 2002. Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2005.

BERLE, Adolf A. et MEANS, Gardiner C. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ed. Victor Civita, 1984.

BRITTO DAVIS, M. T. de Carvalho. *Tratado das Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: José Konffino Editor, 1969.

CALMON DE PASSOS, Jose Joaquim. *Função social do processo*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.343, jul./set., 1998.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 29ª edição, atualizada por Eduardo Carrion, 2004.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 3, 8ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder et SALOMÃO, Calixto (filho). *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Função social da propriedade dos bens de produção*. São Paulo: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 63/71-79, 1986.

\_\_\_\_\_. *Estado, empresa e função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais vol. 732, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Publique de l'Economie*. Paris: Dalloz. 1998.

ESTACA, José Nuno Marques. *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

FERREIRA, Sérgio Andréa. *Empresa Estatal – Funções de confiança – Constituição Federal – art. 37, II Os Tribunais de Contas e o Controle das Empresas Estatais*. Revista de Direito Administrativo, nº 227. Rio de Janeiro: Renovar.

\_\_\_\_\_. *As Empresas Estatais e o Regime Jurídico de seus Empregados*. Revista de Direito Administrativo, nº 231. Rio de Janeiro: Renovar.

LAMY FILHO, Alfredo. *A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização*. Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* 190, out.-dez. 1992.

LOBO, Jorge (org.). *Reforma da Lei das sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MACEDO, Ricardo Ferreira de Macedo. *Controle Não Societário*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

MAGALHÃES, Gustavo Alexandre. *O desrespeito ao princípio da valorização do trabalho humano por meio da contratação temporária de servidores públicos*. *Revista de Direito Administrativo*, nº 239. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, t. 1, 1984.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa Contemporânea e Direito Societário – Poder de Controle e Grupos de Sociedades*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

PARENTE, Flávia. *O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et SPINK, Peter Kevin (Org.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1998.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. *Direito do Trabalho - Temas em Aberto*. São Paulo: Editora LTr, 1998.

SALOMÃO, Calixto (filho). *O Novo Direito Societário*. 2ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SARMENTO, Daniel (Organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 2005.

SERVOIN, François. *Droit Administratif de l'Économie*. Saint-Martin-d'Hères: Presses Universitaires de Grenoble, 2001.

SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *A função social e o controle do poder de controle nas companhias in Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 135. São Paulo: Editora Malheiros, ano XLIII, julho-setembro de 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela et al. *Premiação para Empregado de Empresa Estatal*. Revista de Direito Administrativo, nº 234. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo da Economia*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem. Uma Análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Biblioteca de Teses Renovar, 2002.

SUNFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa – Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

TOMASEVICIUS, Eduardo (Filho). *A Função Social da Empresa*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 810, abr/2003, pp. 33-50.

WALD, Arnoldo. *Interesses Societários e Extra-societários na Administração das Sociedades Anônimas: A Perspectiva Brasileira*. Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 55, 1984.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO MESTRADO EM DIREITO DA UNIVERSIDADE GAMA FILHO, NO RIO DE JANEIRO, E APROVADA PELA COMISSÃO EXAMINADORA FORMADA PELOS SEGUINTESS PROFESSORES:

PROF. DR. FRANCISCO MAURO DIAS (ORIENTADOR)  
**UNIVERSIDADE GAMA FILHO – UGF**

PROF. DR. RICARDO CESAR PEREIRA LIRA  
**UNIVERSIDADE GAMA FILHO - UGF**

PROF. DR. DWIGHT CERQUEIRA RONZANI  
**UNIVERSIDADE SALGADO DE OLIVEIRA - UNIVERSO**

Rio de Janeiro, 10 de março de 2006

Prof. Dr. JOSÉ RIBAS VIEIRA  
**Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito**

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)