EMPRESA, ORDEM ECONÔMICA E CONSTITUIÇÃO*

MARÇAL JUSTEN FILHO**

I. Colocação do Problema. II. Eficiência econômica e produção empresarial. III. O conceito de empresa (segundo a visão jurídica tradicional). III.1. A “descoberta” da “empresa”. III.2. A “empresa” e sua configuração jurídica. a) Empresa como conceito jurídico e como objeto cultural. b) Empresa como fenômeno complexo. c) Complexidade especial do fenômeno da empresa. d) A multiplicidade de facetas do conceito de empresa (visão de ASQUINI). e) O cunho ideológico do conceito de empresa (na visão tradicional). f) Síntese acerca da questão. IV. A Empresa no Direito Brasileiro. IV.1. O Código Comercial de 1850 e a evolução legislativa. IV.2. As consequências da omissão legislativa infraconstitucional. IV.3. A disciplina constitucional da atividade empresarial. IV.4. Atividade empresarial e princípio da proporcionalidade. V. A crise estatal e o neoliberalismo. V.1. A crise estatal. V.2. A revolução ideológica. V.3. O mercado mundial. V.4. Síntese. VI. O neoliberalismo e a relevância da empresa. VII. As modificações constitucionais. VII.1. As reformas constitucionais (Emendas nº 5 a 9). VII.2. A extensão dos efeitos da reforma constitucional. VII.3. A ampliação da margem de exploração empresarial. VII.4. A modificação da estrutura tributária. VII.5. A abertura do mercado nacional. VIII. A reafirmação da função constitucional da empresa. IX. Direito e Atividade Empresarial. IX.1. Limites intransponíveis à atuação empresarial. IX.2. Funcionalização da empresa. IX.3. Neoliberalismo e Estado Democrático de Direito. IX.4. Fortalecimento empresarial e livre concorrência. IX.5. Pragmatismo e Soberania. IX.6. Pragmatismo e Ética. X. Conclusão.

* Comunicação apresentada no Seminário Luso-Brasileiro sobre as Novas Tendências do Direito Civil, promovido em Curitiba, no período de 06 a 08 de abril de 1998, em homenagem ao Prof. Des. Francisco José Ferreira Muniz.

** Professor Titular da UFPR.

I. Colocação do Problema

O conceito de empresa somente pode ser compreendido como uma manifestação estritamente relacionada com o processo de Revolução Industrial. Isso não significa afirmar que a existência da empresa não poderia ser reconhecida em tempos anteriores aos da Revolução Industrial. É perfeitamente possível qualificar algumas organizações econômicas, desenvolvidas muito antes do século XIX, como empresas. O ponto fundamental, porém, não é esse. Não se trata de reconhecer quando se estruturou, pela primeira vez, uma empresa. Aliás, essa disputa dificilmente conduziria a algum resultado proveitoso.

Efetivamente, relevante é reconhecer que “*empresa*” adquiriu sua significação mais elevada como instrumento de implementação dos processos econômicos relacionados com a industrialização do século passado. Não cabe, aqui, descrever as modificações implantadas através daquilo que se usa denominar de Revolução Industrial. O que se busca é destacar a relação entre esse fenômeno e o instituto da empresa.

A industrialização impôs certas necessidades, sem as quais seria inviável sua consolidação. A produção em massa exigiu a substituição das concepções artesanais (quase artísticas) até então vigorantes. A atividade econômica adquiriu contornos de impessoalidade e padronização. O recurso à utilização de máquinas, em larga escala, produziu a substituição da fabricação manual e personalíssima.

Talvez um dos pontos mais característicos da Revolução Industrial tenha sido a consagração da eficiência como valor fundante da atividade econômica.¹ Eliminadas as corporações e instaurado o sistema capitalista, passaram a vigorar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Desenvolveu-se o mercado. A estruturação da atividade econômica segundo um princípio de liberdade trouxe consigo a ampliação dos riscos de insucesso. Pode-se reconhecer que liberdade de concorrência produz a necessidade da eficiência. Quanto maior a disputa no mercado, tanto mais provável que a derrota recaia sobre os agentes ineficientes.

II. Eficiência econômica e produção empresarial

A empresa foi o instrumento consagrado a partir da Revolução Industrial para implementar a atividade econômica eficiente. A empresa é o meio de organizar a atividade econômica segundo parâmetros de racionalidade. Isso significa reduzir os custos, ampliar as margens de lucratividade. Somente se atinge esse objetivo através de atuação em escala econômica, o que significa padronização e massificação na produção e na distribuição das mercadorias e serviços.

¹ Obviamente, outra é a questão da eficiência efetiva, real, fática. Não se pretende afirmar que atividade empresarial é sinônimo de atividade eficiente. O que se defende é que a concepção vigente, após a Revolução Industrial, é a de que a empresa é a via adequada (eventualmente, a única) para a atividade econômica eficiente.

Essas singelas considerações permitem compreender que o conceito de empresa se insere em contexto não propriamente jurídico e com conexões não apenas econômicas. É um conceito relacionado com as concepções vigorantes no plano econômico e com a ideologia política predominante. Não é tarefa do Direito disciplinar os padrões organizacionais utilizados pelo empresário privado. Mais precisamente, não cabe ao Direito tal tarefa enquanto o tema se mantenha no estrito plano da técnica. A Economia e a Ciência da Administração definirão os padrões de eficiência desejáveis e os meios através dos quais a atividade empresarial será desenvolvida.

III. O conceito de empresa (segundo a visão jurídica tradicional)

O conceito de empresa foi juridicizado por via do Direito Comercial. Antes de qualquer outro ramo do Direito, o Direito Comercial tomou contato com a realidade da mutação propiciada pela Reforma Industrial.

III.1. A “descoberta” da “empresa”

Até meados do século XIX, a atividade econômica desenvolvida profissionalmente coincidia com o conceito de mercancia. Tratava-se da idéia de intermediação na troca. O comerciante era o profissional do setor econômico, que buscava o lucro através de atividades muito características. O conceito e abrangência do comércio não se diferenciava mais intensamente daquilo que se herdara da Idade Média. O comerciante do início do século XIX não era tão diferente daquele do século XV. O progresso técnico até havia produzido aperfeiçoamento e maior dinamicidade na atividade mercantil, mas o âmbito material de atuação não fora significativamente alterado.

Do ponto de vista jurídico, essa relativa estabilidade é muito perceptível. A grande diferença entre o Direito Comercial medieval e o oitocentista residia na fonte formal. O nascimento e fortalecimento dos Estados Modernos propiciou a estatização da produção das normas jurídicas de Direito Comercial.

Com a Revolução Industrial, esse panorama se alterou. O núcleo do Direito Comercial deslocou-se do ângulo material da atividade profissional no âmbito econômico para o aspecto formal pelo qual isso se desenvolvia. Tomou-se consciência de que a relevância das condutas sujeitas ao Direito Comercial não mais se punha no conteúdo dos atos praticados. O relevante passava a ser a técnica adotada para tanto.

O Direito Comercial medieval se preocupava com a intermediação na troca. O Direito Comercial oitocentista descobriu que o lucro podia ser obtido em horizontes muito mais amplos. O fundamental passou a ser a organização racional dos meios de produção.

III.2. A “empresa” e sua configuração jurídica

No final do século XIX, difundiu-se a concepção de que a atividade econômica profissional se desdobrava como atividade massiva. Destacou-se o aspecto quantitativo do fenômeno. A “nova” atividade econômica profissional era, do ponto de vista jurídico, um retrato das concepções de industrialização. Importava a prática de atos jurídicos em massa. Assim como produzia produtos homogêneos e em larga escala, o industrial também gerava atos jurídicos em grande quantidade.

A doutrina se debruçou sobre a complexidade do fenômeno vivido. Ao final dos anos vinte, neste século, o instituto da empresa já havia sido objeto de intensas especulações². O trabalho de ASQUINI retrata a síntese acerca desses estudos³.

a) Empresa como conceito jurídico e como objeto cultural

A expressão empresa não se refere a conceito meramente pensado, cuja existência se põe no plano das idéias. O vocábulo empresa é utilizado para indicar fenômeno nascido, desenvolvido e existente no plano da convivência social (objeto cultural). Não se trata de objetos naturais ou ideais. Sua existência é produzida pela atividade humana, como instrumento da realização de certos valores.

b) Empresa como fenômeno complexo

Para compreender o conceito de empresa é necessário reconhecer a pluridimensionalidade do fenômeno enfrentado. A expressão empresa não se refere propriamente a um substrato material. É improvável a existência de empresa sem a utilização de coisas, sem uma materialização física. O que se afirma, porém, é que o fenômeno da empresa não se restringe a essa materialização. Como todos os objetos culturais, empresa envolve muito mais do que essa exteriorização física.

2 A bibliografia acerca de empresa é impossível de ser indicada de modo completo, especialmente quando se considera a doutrina italiana. Toda a doutrina comercialista se dedicou ao tema. Para uma visão mais compreensiva e geral, podem indicar-se TULLIO ASCARELLI, *Iniciación al Estudio del Derecho Mercantil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1964, especialmente pp. 143 e ss.; REMO FRANCESCHELLI, *Imprese e Imprenditori*, Milano, Giuffrè, 1972; MARIO GHIDINI, *Lineamenti del Diritto dell'Impresa*, Milano, Giuffrè, 1978; FRANCESCO GALGANO, *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. II, L'Impresa, Padova, Cedam, 1978. No direito brasileiro, não há maiores inovações acerca do tema, sendo usual a referência ao trabalho de ASQUINI, referido adiante.

3 ALBERTO ASQUINI, *Profili dell'impresa*, trad. Fábio Konder Comparato. Revista de Direito Mercantil 104/109. Sobre uma classificação das diversas teorias sobre a empresa e sua aplicação no direito brasileiro, v. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, *O conceito de empresa no direito brasileiro*, RT 613/21. E também para uma análise mais aprofundada do tema, v. WALDÍRIO BULGARELLI, *Tratado de direito empresarial*, 2.ed. Atlas.

c) Complexidade especial do fenômeno da empresa

Mas empresa é fenômeno ainda mais complexo do que os objetos culturais usualmente produzidos pelo ser humano. Se tudo aquilo produzido pelo ser humano sempre é caracterizável por sua complexidade, a empresa é algo peculiarmente complexo. Essa é a grande dificuldade da representação mental acerca da empresa. O conceito de empresa deve retratar essa pluralidade de dimensões que o fenômeno apresenta. Aí, então, apresenta grande relevo a construção de ASQUINI, geralmente acatada como a síntese das controvérsias sobre o tema.

d) A multiplicidade de facetas do conceito de empresa (visão de ASQUINI)

O vocábulo empresa pode ser utilizado em diversas acepções. Essa diversidade deriva da multiplicidade de ângulos que o fenômeno existencial da empresa apresenta. Não é possível restringir a aplicação do vocábulo a uma única dessas acepções.

Nas considerações tradicionais, o vocábulo comporta quatro acepções: funcional, subjetiva, objetiva e institucional.

Em sentido funcional, empresa consiste em atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. O ângulo funcional é o mais relevante, na medida em que não pode considerar-se existente empresa senão em sua dimensão de dinamicidade. Em sentido subjetivo, empresa indica o agente (sujeito) que promove e organiza a atividade empresarial. Na acepção objetiva, empresa é o conjunto de bens utilizados para desenvolvimento da atividade empresarial. Em termos institucionais, a empresa é uma célula social. Trata-se de organização, onde se conjugam os esforços de empresários e empregados para a realização de determinado objetivo.

e) O cunho ideológico do conceito de empresa (na visão tradicional)

Essas concepções privilegiavam, em termos lógicos, o ângulo funcional do fenômeno da empresa. Mas atribuíam-se enorme destaque político ao fenômeno institucional que se materializava através da empresa. Essa consideração política se relacionava com a ideologia fascista, da qual ASQUINI foi um dos maiores defensores. A questão se relacionava com a pretensão fascista de superação da luta de classes, através da integração entre capital e trabalho. A defesa da relevância do ângulo funcional da empresa adquiria, nesse contexto, nítida natureza ideológica — não obstante a incerteza semântica do vocábulo.

É que essa construção do conceito de empresa não retratava descrição neutra ou imparcial dos fatos sociais. Não se tratava de reconhecer a consistência da atividade empresarial, tal como se desenvolvia à época. Certamente, a atividade econômica capitalista não se iniciou nem se desenvolveu como instrumento de integração entre capitalista e proletário — ao menos, não durante o século XIX e os primeiros trinta anos deste século. Em tais períodos, buscava-se o máximo do lucro,

sem maiores considerações éticas. Foi necessária a intervenção estatal para reprimir essa busca ilimitada do lucro, em que o empregado era enfocado como mais um instrumento para a satisfação dos interesses capitalistas. De instituição apenas se poderá aludir na medida em que se reconheça a autonomia intrínseca do empregado, sua dignidade como pessoa humana, a voluntariedade de sua colaboração para o atingimento do resultado proveitoso e a partilha do proveito entre todos os partícipes. Durante as primeiras décadas deste século, nada disso se encontrava presente. Ou seja, o pretendido ângulo institucional do fenômeno empresarial não correspondia a qualquer manifestação concreta apurável na realidade então vivenciada. Discursar acerca da empresa como entidade institucional apenas podia servir ao intento de legitimar a atividade econômica tal como desenvolvida, induzindo a sociedade a supor existente algo que realmente não havia.

f) Síntese acerca da questão

O Código Civil italiano de 1942 modelou o Direito Comercial a partir do conceito de empresa. Independentemente dos vínculos ideológicos com o fascismo, a disciplina adotada mereceu amplo acolhimento doutrinário. Retratou avaliação legislativa compatível com as características da atividade econômica desencadeada a partir do capitalismo industrial.

Quanto às considerações fascistas, essa embalagem ideológica era irrelevante. Bastou a revogação de uns quantos artigos — cuja função era meramente apologética do regime fascista — para adequar-se o Código Civil italiano às características do ordenamento posterior à Guerra.

Ainda que não se possam identificar, em termos absolutos, Direito Comercial e Direito de Empresas, não há como dissociar esses dois pólos conceituais. O Direito Comercial do século XX é, basicamente, um conjunto de normas acerca da atividade empresarial. Isso não significa, porém, que o fenômeno da empresa interesse apenas ao Direito Comercial. A relevância da atividade econômica faz com que se estendam seus reflexos a quase todos os ramos do Direito.

IV. A Empresa no Direito Brasileiro

Diante disso, não deixa de ser chocante que o Direito Comercial brasileiro não tenha incorporado legislativamente a disciplina da empresa.

IV.1. O Código Comercial de 1850 e a evolução legislativa

O Código Comercial de 1850 continua a vigorar e nele se retrata uma realidade social e política absolutamente incompatíveis com a ordem vigente. A noção fundamental, sobre a qual se alicerçou o Direito Comercial pátrio, foi a de comerciante, conceito que não pode ser identificado com o de empresário. Apenas alguns diplomas

esparços tomam em vista a natureza empresarial da atividade econômica ora vigente, adotando regramento mais compatível com as necessidades enfrentadas⁴. É imprescindível referir-se ao Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.077/90) e à Lei nº 8.884/93 (que trata da disciplina da concorrência e da reprovação ao abuso de poder econômico). Ambos os diplomas pressupõem a existência de sujeitos atuando de modo profissional e segundo as regras da atividade empresarial.

Não há, porém, um corpo orgânico de normas acerca da profissão do empresário nem das relações jurídicas desenvolvidas no âmbito da empresa. Esse problema tem apresentado gravidade extrema no tocante ao problema da insolvência, gerando soluções jurisprudenciais muitas vezes inadequadas. Outro tema de grande gravidade é a ausência de tratamento repressivo adequado para os desvios teratológicos ocorridos no âmbito da atividade empresarial.

IV.2. As consequências da omissão legislativa infraconstitucional

Essa situação retrata omissão legislativa injustificável, ainda que muito compreensível. A ausência de regramento estatal desemboca na auto-regulação normativa. Sob pretexto de aplicar os princípios da livre iniciativa e da autonomia contratual, a atividade empresarial se encarrega de produzir regras *ad hoc*. O resultado é a preponderância do poder econômico, em detrimento da observância dos princípios jurídicos compatíveis com os valores fundamentais. A atividade econômica brasileira pode ser retratada como espécie de “*fronteira sem lei*”, onde prevalece a lei do (economicamente) mais forte.⁵ A pretexto de valer-se da autonomia contratual, as empresas dotadas de maior poder econômico impõem condições negociais que melhor lhes interessam.⁶ As empresas menores acabam por aceitar essa disciplina, com graves danos a seu patrimônio. Em caso de insolvência, não há normas disciplinadoras adequadas.⁷

4 Rigorosamente, o problema da empresa foi muito mais cogitado no âmbito do Direito Tributário do que no próprio campo do Direito Comercial. Basta lembrar-se a enorme disputa acerca das regras do Dec.-lei nº 406/68, que definiu a hipótese de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS). Ali se previu que o serviço seria tributável quando prestado por “*profissional autônomo ou empresa*”. Também se estabelece que os resultados das atividades empresariais serão tributadas pelo Imposto de Renda de Pessoa Jurídica, mesmo quando desenvolvidas por pessoa física. Sobre o tema, consulte-se nosso *O ISS na Constituição* (RT, 1985, p. 126 e ss.).

5 Ressalte-se que não se trata, aqui, de um discurso demagógico em defesa dos *pequenos* empresários. A experiência evidencia que as pequenas unidades econômicas imitam, no relacionamento com empresas ainda menores (ou com o consumidor), o mesmo tipo de postura prepotente que é objeto de seus protestos quando desenvolvida por empresas maiores.

6 O maior exemplo continua a ser o do mercado financeiro. Desde a Lei de Mercado de Capitais (Lei nº 4.728/65), entende-se que as instituições financeiras e os contratos bancários não se sujeitam às regras gerais e às limitações estabelecidas para os contratos “*comuns*”. Reconheceu-se ao Conselho Monetário Nacional competência para dispor sobre condições contratuais. Todos os planos e reformas econômicas excepcionaram os contratos bancários. Os juros reais praticados no Brasil não encontram paralelo no mundo.

7 Lembre-se que a Lei de Falências é de 1945 e se encontra totalmente ultrapassada, sendo incompatível com a idéia de recuperação da empresa.

Sob esse ângulo, até seria possível estabelecer um paralelo entre o direito comercial brasileiro atual e o *jus mercatorum*.⁸ É claro que há diferenças fundamentais que distinguem ambos os fenômenos. O *jus mercatorum* derivou não apenas da circunstância que a classe mercantil pretendia fazer prevalecer seus próprios interesses. Era imperioso considerar que a ausência de Estados nacionais suficientemente estruturados para impor uma ordenação legislativa estatal. A consagração do *jus mercatorum* derivou da sua compatibilidade com os princípios axiológicos fundamentais então vigentes, o que propiciava sua aceitação pela comunidade mercantil de diferentes regiões. Tratou-se de um conjunto de normas cuja edição se relacionava com princípios de equidade.⁹

Em realidade, seria totalmente incorreto identificar o Direito Comercial brasileiro atual ao *jus mercatorum*. Em primeiro lugar, toda produção normativa privada se vincula ao princípio da autonomia privada consagrado pelo Direito estatal. Logo, a fonte normativa última continua a ser a Lei. Depois, o *jus mercatorum* foi gerado a partir de regras produzidas de modo imparcial, através dos estatutos das corporações e jurisprudência de órgãos de classe. Isso não se verifica no caso brasileiro, onde a disciplina se dá no âmbito preponderantemente contratual¹⁰. Por fim, a aceitação das regras contratuais, no caso brasileiro, não se vincula a sua compatibilidade com princípios de equidade, mas exclusivamente ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Dentro desse conceito, a disciplina da atividade empresarial – cogitada com a perspectiva de vigência do novo Código Civil – representará mudança fundamental e indispensável para a compatibilização do setor econômico com os valores fundamentais consagrados na Constituição.

IV.3. A disciplina constitucional da atividade empresarial

A omissão legislativa infraconstitucional e os referidos interesses corporativos acaba provocando desvio de enfoque inaceitável. É que a Constituição Federal contém um conjunto de regras acerca da atividade econômica. A Constituição Federal não consagrou uma definição específica para empresa, nem aludiu de modo explícito ao tema. Mas não é necessária a existência explícita de definição constitucional,

8 Como sabido, essa expressão indica o estágio inicial da existência do Direito Comercial, no período que mediou entre o Séc. XII até meados do Séc. XVII. Como explica GALGANO, “É, em origem, o *jus mercatorum*: assim o é não apenas porque regula a atividade dos mercadores, mas antes e sobretudo porque é direito criado pelos mercadores, que nasce pelos estatutos das corporações mercantis, pelos costumes mercantis, pela jurisprudência da ligas dos mercadores” (*Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, vol. I, La Costituzione Economica, Padova, Cedam, p. 4).

9 Sobre o tema e a natureza geral do Direito Comercial, é imprescindível a consulta à clássica obra de MANUEL BROSETA PONT, *La Empresa, la Unificación del Derecho de Obligaciones y el Derecho Mercantil*, Madrid, Tecnos, 1965.

10 Aliás, uma das características nacionais é a rejeição ao instrumento da arbitragem. É extremamente raro a iniciativa privada recorrer a instrumentos de natureza privada para composição de litígios. Essa situação não se alterou nem mesmo com a edição da recente Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96).

tendo em vista a sistemática normativa existente. Enfim, a Constituição é fundamento e limite para as atividades econômicas privadas. Generalizou-se a expressão *Constituição Econômica*, na esteira da doutrina alemã,¹¹ para indicar o conjunto de normas constitucionais, de nítida inspiração publicística, sobre o exercício das atividades econômicas. Esse Direito Público da Economia se relaciona diretamente com as concepções essenciais acerca das funções do Estado, da liberdade dos particulares no exercício da atividade econômica e das relações daí derivadas.

A CF/88 não se afastou do modelo geral adotado no último quartel do século. Ao lado das limitações ao poder político e das garantias à integridade individual em face do Estado, há um conjunto de princípios e regras sobre o relacionamento direto entre os particulares. A Carta de 1988 consagrou os princípios fundamentais do capitalismo, consistente no reconhecimento da propriedade privada, na reserva da atividade econômica para os particulares e nos postulados da livre iniciativa e livre concorrência. Adotou os princípios da repressão ao abuso do poder econômico e elegeu a dignidade do trabalho como valor fundamental. Afirmou como fim relevante a ser buscado a supressão das desigualdades econômicas.

Observe-se que a Constituição Econômica, na Carta de 1988, foi extremamente compatível com os demais princípios estruturais ali consagrados. Há uma implicabilidade harmônica entre os princípios gerais da Constituição e aqueles específicos da ordem econômica e o intérprete não encontra dificuldade em reconhecer a continuidade da disciplina constitucional.¹² Os direitos e garantias relacionados com a ordem econômica são derivação daqueles impostos como princípios gerais. Assim, o valor fundamental assumido pela Constituição é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III). Todos direitos de natureza econômica e relacionados com a atividade empresarial têm pertinência com esse postulado e não podem ser a ele contrapostos. As faculdades de desenvolver atividades econômicas e de buscar o lucro são instrumentos de realização da dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas, sejam os empresários, sejam os demais integrantes da comunidade (direta ou indiretamente relacionados com a empresa).

Sob certo ângulo, o espírito da disciplina constitucional acerca da atividade empresarial se encontra formalmente explicitado no direito brasileiro através de regra afluída em legislação infraconstitucional. Trata-se do disposto no art. 116, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76 (Lei das S.A.), cuja redação é a seguinte:

“O acionista controlador deve usar o 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

11 Confira-se SABINO CASSESE, *La Nuova Costituzione Economica*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1997, 4ª ed.

12 Cumprindo-se, desse modo, postulado hermenêutico fundamental, acerca do qual CANOTILHO assim se referiu: “Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios” (*Direito Constitucional*, Lisboa, Almedina, 1992, 5ª ed., p. 233). No mesmo sentido e por toda a doutrina, PIETRO MEROLA CHIERCHIA, *L'Interpretazione Sistemática della Costituzione*, Padova, Cedam, 1978, p. 207.

comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Onde se lê “*acionista controlador*” pode-se considerar “*empresário*” e se terá a síntese da disciplina constitucional acerca da atividade empresarial. Reconhece-se e valida-se o poder privado de desenvolver atividades empresariais e de buscar a máxima satisfação individual e egoística do interesse privado. No entanto, o desenvolvimento dessas atividades econômicas encontra limites no bem-comum.

Não se diga que seria incorrer em vício irrefutável pretender interpretar a Constituição através da lei infraconstitucional. A invocação da Lei das S.A. não se destina a “*esclarecer*” a Constituição, mas decorre da constatação de que o espírito constitucional se externa de modo cristalino naquela regra de lei ordinária. Analisando-se a Constituição e a lei ordinária, constata-se a perfeita consonância entre os diplomas. A regra da Lei das S.A. acerca de poder de controle é uma espécie de particularização dos princípios constitucionais acerca da atividade econômica. Quanto a isso, também não é relevante a circunstância de a Lei das S.A. ser anterior à Carta de 1988.

É possível afirmar, então, que a *Constituição Econômica* consagra o princípio da proporcionalidade, cujos contornos foram delineados no campo do Direito Público.

IV.4. Atividade empresarial e princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade pressupõe reconhecer a natureza teleológica da disciplina jurídica. Toda disciplina imposta pelo Direito tem cunho instrumental, na acepção de que visa à realização de certos valores.¹³

Em primeiro lugar, a proporcionalidade se relaciona com a *ponderação* de valores. Não há homogeneidade absoluta nos valores buscados por um dado Ordenamento Jurídico, pois é inevitável atrito entre eles. Pretender a realização integral e absoluta de um certo valor significaria inviabilizar a realização de outros. Não se trata de admitir a realização de valores negativos, mas de reconhecer que os valores positivos contradizem-se entre si. Assim e por exemplo, a tensão entre Justiça e Segurança é permanente em todo sistema normativo. A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade impõe, por isso, o dever de ponderar os valores. Essa ponderação se desenvolve tanto no plano teórico como em face da circunstância concreta. Isso impõe produzir uma espécie de hierarquia de valores para o caso concreto. É claro que o aplicador do

¹³ A bibliografia acerca do princípio da proporcionalidade é muito extensa, especialmente no direito comparado. Além dos manuais de direito administrativo, podem consultar-se VICENTE ALVAREZ GARCIA, *El Concepto de Necesidad en Derecho Publico*, Madrid, Civitas, 1996; JOSÉ MANUEL SÉRVULO CORREIA, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Almedina, Coimbra, 1987.

Direito não é livre nessa tarefa. Trata-se de aplicar o Direito e não as convicções meramente pessoais. O intuito do aplicador do Direito será compatibilizar os valores, de molde a permitir que todos sejam realizados e satisfeitos. Quando tal for impossível, deverá escolher a realização do valor de maior hierarquia. Ainda aí, deverá adotar a solução que importe o menor sacrifício possível para o valor de hierarquia inferior. É desproporcionada a solução que, a pretexto de realizar um determinado valor, produz o sacrifício de outro, cuja relevância seja equivalente.

A proporcionalidade significa, em segundo lugar, que a aplicação da regra jurídica concreta deve ser norteadada pelo resultado que se busca atingir. Não se admite interpretação que desnature a regra, tornando-a via para sacrifício dos valores tutelados pelo Ordenamento Jurídico. Essa avaliação não se faz apenas no plano teórico, mas também em termos práticos. A proporcionalidade apenas valida condutas concretamente adequadas à realização dos valores buscados.

O aparente silêncio da Constituição acerca do princípio da proporcionalidade é irrelevante. Não há necessidade de consagração explícita desse princípio, tendo em vista sua natureza "*instrumental*". É princípio norteador do processo de aplicação e interpretação do Direito. O princípio da proporcionalidade disciplina a realização conjunta, harmônica e concomitante dos demais princípios. Observe-se que, em última análise, é reprovável a conduta não por ferir apenas ao princípio da proporcionalidade. Dá-se infração a valor consagrado constitucionalmente.

Em matéria de atividade empresarial, o princípio da proporcionalidade se traduz, antes de tudo, na necessidade de equilíbrio entre a busca de dois fins igualmente relevantes. A realização do princípio da legitimidade do lucro deve dar-se simultânea e conjuntamente com o resguardo da dignidade da pessoa humana e da possibilidade de satisfação do bem de todos. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absolutos em si mesmos.

V. A crise estatal e o neoliberalismo

A retrospectiva da evolução do conceito de empresa não permite apreender a dimensão da relevância do fenômeno no contexto atual. O final do século XX nos apresenta a superação de inúmeros modelos políticos, alterações no corpo da Constituição de 1988 e introdução de novas questões.

V.1. A crise estatal

Um dos dados fundamentais foi a constatação da ineficiência estatal. O modelo intervencionista fundava-se na pressuposição de que o Estado teria êxito em executar satisfatoriamente as propostas políticas, econômicas e sociais que assumisse. As concepções intervencionistas não duvidavam da viabilidade da realização dos planos e projetos estatais. Supunha-se que bastaria o querer estatal para mudar a realidade. Daí derivava que a transformação da sociedade seria mera questão de tempo, dependente muito mais da ambição dos planos do que de qualquer outro fator. Imagi-

nava-se que o Estado seria tão bom gestor quanto os particulares — talvez até melhor. Por isso, seria muito mais vantajoso substituir a iniciativa privada, eis que os resultados proveitosos deixaria de ser apropriados pelos particulares, para fins egoísticos. O Estado poderia acumular enormes riquezas, distribuindo benefícios equitativamente e eliminando distorções sociais e regionais.

A realidade encarregou-se de demonstrar o erro dessa concepção. Em primeiro lugar, constatou-se que o Estado não é empresário tão eficiente quanto os particulares. Não atinge os níveis de organização da iniciativa privada, seus custos são maiores e dificilmente obtém lucro. Sua atuação padece de acomodação e tende a produzir maus resultados. A médio prazo, a intervenção estatal deságua na obsolescência e insolvência, como regra.

Em segundo lugar, o modelo intervencionista foi além dos limites economicamente suportáveis. O Estado assumiu encargos muito mais elevados do que seus recursos comportavam. Ampliou a dimensão dos serviços públicos, multiplicou o número de servidores e contraiu enormes dívidas.

Como consequência, a quase totalidade das experiências intervencionistas foram infrutíferas. O resultado final foi a decadência econômica e o descontrole financeiro. Em termos práticos, elevou-se dramaticamente a inflação, cujos efeitos maléficos prejudicaram de modo específico as camadas mais pobres da população.

Em muitos países, atingiu-se a um ponto de quase anarquia, diante do colapso dos serviços públicos e insolvência do aparelho estatal.¹⁴

V.2. A revolução ideológica

Como decorrência direta, houve o abandono das concepções políticas anteriores. Em termos simplistas, pode-se lembrar a superação do modelo comunista do Leste Europeu, a modificação radical dos parâmetros político-econômicos do comunismo asiático e a prevalência de concepções capitalistas para o sistema econômico.

Reconheceu-se a necessidade de redução das dimensões do Estado. A inflação tinha de ser contida, o que demandava a redução de custos públicos. Era necessário eliminar despesas, suprimir subsídios e dar oportunidade ao desenvolvimento dos setores privados.

V.3. O mercado mundial

Concomitantemente, o progresso tecnológico propiciou a superação dos limites geográficos e temporais nas relações comerciais. Passou a desenvolver-se uma

¹⁴ Sobre o tema e examinando de modo específico a situação argentina, confira-se a aguda exposição de AGUSTÍN GORDILLO, *Después de la reforma del Estado*, B. Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1996, pp. I-10 a I-14. A situação brasileira, embora não tenha atingido parâmetros de gravidade idênticos aos verificados na Argentina, não ficou muito distante.

espécie de mercado mundial unificado, do qual participam as empresas de todas as partes do mundo. Dito mais precisamente, esse mercado internacional começa a adquirir maior relevo do que mercados regionais ou locais, especialmente em virtude das conquistas científicas que eliminam obstáculos antes insuperáveis.

V.4. Síntese

O Estado Nacional vai reduzindo progressivamente sua importância, em virtude dos mais variados fatores. De um ponto de vista estritamente econômico, o Estado Nacional não dispõe mais de recursos suficientes para enfrentar todas as tarefas que pretendeu assumir. Mais ainda, constatou-se que a utilização dos recursos estatais tende a ser ineficiente: quanto mais intensas e amplas as funções atribuídas ao Estado, tanto maior o desperdício de recursos verificado. Do ponto de vista político, a superação das barreiras locais significa a internacionalização da relações jurídicas. Daí a necessidade de eliminar as dificuldades relacionadas à diversidade de soberanias. A nacionalidade do agente econômico não pode ser fator de preferência ou desvantagem no desempenho da atividade econômica. O Estado que pretenda valer-se da própria soberania como fator de disciplina da atividade econômica acaba excluído do mercado mundial. Por outro lado, o enorme acúmulo de riqueza por parte de determinadas empresas exige a adoção de regras favoráveis à atuação conjugada no plano transnacional. Seja para tornar competitivas novas associações, seja para permitir o ingresso de novos recursos (especialmente tecnológicos), o Estado Nacional tem de restringir o âmbito de suas competências e participar de uma espécie de “mercado interestatal” — expressão utilizada para indicar as uniões interestatais disseminadas neste fim de século.

Esse neoliberalismo estatal significa, em última análise, a moldagem do Estado Nacional pelos parâmetros norteadores da atividade privada. Não se trata, portanto, de um mero retorno ao capitalismo do século passado. O neoliberalismo não pretende a pura e simples supressão de certas atividades que o Estado assumiu. O fim visado não é voltar a um Estado de Polícia, preocupado apenas com a defesa da segurança e da propriedade. As propostas neoliberais retratam a concepção de que a gestão estatal deve ser norteada por regras técnicas similares às da atividade privada.

A discussão acerca do cabimento de procura do lucro por parte de entidades integrantes da Administração Pública é longa. Entre nós, prevalecia o entendimento de que a natureza pública da atividade era incompatível com a exploração especulativa. Os resultados positivos, eventualmente obtidos, deveriam ser modestos e compatíveis com o interesse público¹⁵.

¹⁵ Nesse sentido, confirmam-se as manifestações da mais autorizada doutrina, com destaque para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Sociedades mistas, empresas públicas e o regime de direito público*, RDP 97/29; GERALDO ATALIBA, *Empresas Estatais e regime administrativo (serviço público — inexistência de concessão — delegação — proteção ao interesse público)*, RTDP 4/55 e o debate “*Empresas estatais delegadas de serviço público não têm lucro*” na RTDP 6/258.

Significa afirmar que a supressão de certas atividades estatais não se relaciona com a concepção da desnecessidade da intervenção estatal. Trata-se de reconhecer que certas modalidades de intervenção estatal são ineficientes e devem ser substituídas por alternativas mais recomendáveis do ponto de vista gerencial. Produz-se, então, a modificação dos paradigmas acerca da intervenção estatal¹⁶.

VI. O neoliberalismo e a relevância da empresa

Esse contexto político-econômico propiciou o acréscimo da relevância do conceito de empresa.

Em primeiro lugar, as práticas empresariais passaram a modelar a atividade estatal. A validade da afirmativa não se restringe às manifestações estatais de exercício de atividade econômica. Mesmo no âmbito da chamada Administração Pública direta e autárquica, os parâmetros empresariais passaram a vigorar. Isso é comprovado pela consagração de inúmeras técnicas generalizadas no âmbito empresarial, tal como a distinção entre atividades-fim e atividades-meio, as exigências acerca de produtividade mínima, a preocupação com o bem-estar do funcionário etc.. Logo, o Estado tem de recorrer à experiência empresarial para desenvolver sua própria gestão¹⁷.

Em segundo lugar, inúmeras atividades até então reservadas aos entes estatais passaram a ser atribuídas à iniciativa privada. O fenômeno da “privatização”, com todos os seus consectários, retrata a assunção pela empresa privada de tarefas de interesse público. A empresa substitui o Estado na busca da satisfação das necessidades públicas. O cidadão passa a confrontar-se com a empresa privada desenvolvendo os serviços públicos.

Em terceiro lugar, o exercício das competências estatais deve ser compatibilizado com a consecução dos interesses empresariais privados. A função regulatória remanescente, reservada ao Estado, não pode ser instrumento de prejuízo à eficiência da empresa privada. Logo, as regras acerca de atividade empresarial não podem ser rígidas ao ponto de tornar não-competitivas determinadas organizações privadas. A carga fiscal deve ser dimensionada segundo padrões internacionais, evitando que o “custo estatal” seja fator de oneração da empresa nacional no mercado.

16 Com uma ponta de ironia, poderia afirmar-se que o Estado ideal, sob o ponto de vista das concepções neoliberais, é aquele apto a obter o Certificado ISO 9.000.

17 Sobre o tema da intervenção estatal da economia e a Constituição Econômica, conferir os artigos de JORGE LOBO, *Soluções para a crise das empresas e a Constituição Econômica do Brasil*, RT 699/15; MIGUEL REALE JÚNIOR e DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, *A ordem econômica na Constituição*, RDM 12/134; FÁBIO KONDER COMPARATO, *Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988*, RDP 93/265; além dos livros de ANA PRATA, *A tutela constitucional da autonomia privada*, Almedina; ANTÔNIO CARLOS SANTOS ET ALLII, *Direito Econômico*, Almedina, p. 359 e ss; MASSIMO SEVERO GIANNINI, *Diritto Pubblico dell'Economia*. Il Mulino; WERTER R. FARIA, *Constituição econômica — liberdade de iniciativa e de concorrência*. Safe.

VII. As modificações constitucionais

Esse é o novo contexto em que se insere o instituto da empresa. As modificações políticas vivenciadas no final do século XX e as mudanças constitucionais ocorridas na Constituição brasileira de 1988 exigem considerações mais profundas sobre o novo modelo estatal consagrado. O tema da empresa adquire maior relevo do que no passado, em face da ampliação dos limites de sua atuação e da transferência para o setor privado de encargos até então assumidos pelo Estado. Em síntese, a reforma constitucional alterou o panorama original e propõe novos temas à consideração jurídica.

VII.1. As reformas constitucionais (Emendas nºs 5 a 9)

No curso do ano de 1995, foram promovidas diversas modificações na redação original da CF/88, nos tópicos atinentes a atividade econômica (em sentido amplo). Apenas para rememorar, a EC nº 5 autorizou a exploração direta ou mediante concessão dos serviços de gás canalizado. A EC nº 6 revogou o art. 171 (que previa a distinção de tratamento entre empresas nacionais e estrangeiras e a figura da empresa brasileira de capital nacional), alterando a previsão de tratamento favorecido contida no art. 170, inc. IX. Ademais, ampliou os limites para exploração de pesquisa e lavra de recursos minerais e potenciais de energia hidráulica. A EC nº 7 modificou a redação do art. 178, eliminando restrições acerca das atividades de transporte, inclusive as restritivas da atuação de estrangeiros no âmbito de navegação de cabotagem. A EC nº 8 eliminou o monopólio estatal no âmbito dos serviços de telecomunicações, prevendo a possibilidade de concessões à iniciativa privada (art. 21, inc. XI e al. “a” do inc. XII). A EC nº 9 introduziu nova redação para o art. 177 e seus parágrafos. Em síntese, determinou-se a extinção de monopólio estatal acerca de pesquisa, refinação e outras atividades relativas a petróleo, gás natural e seus derivados.

Essas modificações têm sido enfrentadas pela doutrina como meramente pontuais. Restringem-se seus efeitos. Considera-se que houve tão-somente a alteração de certos dispositivos, olvidando o cunho sistemático da ordenação constitucional. Ignora-se a radical modificação produzida na Constituição Econômica.

VII.2. A extensão dos efeitos da reforma constitucional

A extensão dos efeitos da reforma constitucional deriva da natureza da Constituição e dos princípios que regem sua interpretação e aplicação.¹⁸ Alterar alguns

¹⁸ Aliás, a questão da extensão dos efeitos da reforma constitucional já foi enfrentada com maior propriedade no âmbito da Constituição portuguesa de 1976. A conformação socialista inicial foi alterada através de sucessivas revisões, que alteraram profundamente o modelo da “*Revolução dos Cravos*”.

dispositivos produz modificações muito mais extensas do que a simples substituição das regras revogadas.

Depois, os princípios e normas jurídicas são não hierarquizáveis formalmente entre si. Não é possível estabelecer uma espécie de classificação intraconstitucional, apta a produzir o fenômeno da norma constitucional inconstitucional. Essa cogitação parece totalmente superada. Tem sido enfrentada através da consideração de que a interpretação/aplicação constitucional deve preservar a validade de todas as disposições constitucionais. Isso importa a necessidade de interpretações conjugadas, considerando-se a implicabilidade dos valores consagrados constitucionalmente. Realizar-se-á trabalho de conjugação dos diversos valores, de modo a evitar que a realização de princípio importe uma espécie de revogação informal de outros dispositivos igualmente consagrados constitucionalmente.

Isso é tanto mais complexo em face de Estados "*pluriclasse*". A expressão remete ao pensamento de GIANNINI, que destacou peculiaridade do direito deste século XX.¹⁹ A evolução sócio-econômico-política fez desaparecer sociedades homogêneas. A atribuição ampla e generalizada do direito de voto a todas as pessoas propiciou a representação política das mais variadas correntes de pensamento e de interesse. Portanto, as funções políticas não mais podem ser reconhecidas como instrumento de realização dos interesses de uma única classe social. O mesmo se passa no âmbito do direito. Considere-se, então, uma Constituição tal como a brasileira de 1988. Não obstante todas as ressalvas acerca do processo constituinte, é inegável que o Congresso Nacional foi integrado por representantes de todas as vertentes da sociedade brasileira. O processo de produção da Constituição (enquanto documento formal) retratou essa pluralidade de interesses e ideologias. A ordenação constitucional de 1988 se consubstancia em um conjunto bastante heterogêneo e complexo, como decorrência da tentativa de prestigiar concepções axiológicas distintas, contrapostas e, muitas vezes, entre si contraditórias. Produz-se, portanto, uma espécie de neutralização intraconstitucional, em que os diversos princípios e postulados têm sua extensão reduzida em face da "*coexistência da incompatibilidade*". Aquilo que, externa e anteriormente à Constituição, constituía-se em incompatibilidade passa por um processo de relativização. Produz-se a compatibilidade através da redução da extensão e da intensidade dos postulados contraditórios.

Enfim, a Constituição de um Estado pluriclasse apresenta-se com caráter de equilíbrio e contraposição internos. Essa conjugação de aspectos é extremamente delicada. Bem por isso, qualquer modificação de um dos seus tópicos produz reflexos tão intensos.

Ora, a modificação trazida pelas Emendas Constitucionais de nº 5 a 9 foi extremamente profunda. Isso produziu uma série de efeitos, com repercussões ainda

Acerca da questão, confirmam-se J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, 1993, 3ª ed. rev., pp. 18 e ss., com ampla indicação bibliográfica.

19 Sobre a questão, confirmam-se os inúmeros ensaios em *L'Unità del Diritto - Massimo Severo Giannini e la Teoria Giuridica*, a cura di SABINO CAS SESE, GAETANO CARCATERRA, MARCO D'ALBERTI e ANDREA BIXIO, Bologna, Il Mulino, 1994, passim.

não totalmente consideradas. Não cabe, neste breve estudo, enfrentar todos esses temas. Tentar-se-á apontar, tão-somente, alguns ângulos relacionados com o tema da empresa

VII.3. A ampliação da margem de exploração empresarial

Primeiramente, pode-se apontar a ampliação dos limites constitucionais para atuação empresarial. A reforma constitucional facultou a transferência para o setor privado do desempenho de serviços públicos, sob regime de concessão.

Como é sabido, a concessão não importa a desnaturação do serviço público. Não retira do serviço a qualificação de público, não altera sua titularidade nem o regime jurídico de sua disciplina. O serviço público concedido passa a ser desempenhado por um particular, por conta e risco próprios. É da essência da concessão a possibilidade de exploração lucrativa. Serviços públicos que sejam incompatíveis com obtenção de lucro ou não são suscetíveis de concessão ou serão objeto de subsídio estatal.

A admissão da exploração por via de concessão significa produzir exploração empresarial do serviço público. A obtenção de lucro pelo particular depende dos métodos empresariais consagrados. Sem organização empresarial, torna-se inviável a obtenção de lucro — vale dizer, haverá sério risco de colapso da prestação do serviço.

Ampliando os limites dos serviços públicos suscetíveis de concessão, a Constituição admitiu a ampliação do âmbito de utilização da empresa. A modificação constitucional retrata uma sensível e profunda modificação na ordem econômica. Antes da Reforma, uma enorme série de serviços públicos não comportava exploração sob regime de concessão (em sentido próprio). Isso significava que tais serviços seriam prestados pelo próprio Estado (diretamente ou por pessoas integrantes da Administração indireta), segundo os postulados próprios do direito público. Caracterizava-se a impossibilidade de exploração norteadas pela busca do lucro. Era inviável desenvolver atividade visando resultados egoísticos, ao organizar-se o desempenho de serviços públicos. A Reforma significou a opção pela eficiência do serviço público. Atividade empresarial no âmbito da concessão retrata a concepção da qualidade do serviço público. Legitima-se o lucro do particular desde que preste serviços públicos adequados. É válido que um particular acumule riqueza às custas de tarifas públicas desde que os serviços públicos sejam satisfatórios. Mais ainda, somente a maior eficiência do setor privado é que justifica o regime da concessão. Se o particular não se encontrar em condições de ampliar os padrões qualitativos e quantitativos na prestação do serviço público, não haverá cabimento de manter-se a concessão.

VII.4. A modificação da estrutura tributária

A sistemática de privatizações retrata uma funda alteração na estrutura de financiamento estatal. Toda a atividade desempenhada diretamente pelo próprio

Estado é custeada por via do sistema tributário. O produto da arrecadação através de impostos, taxas e contribuições era destinado a manter os investimentos e as atividades estatais, muitas delas deficitárias.

O fenômeno da privatização acarreta uma disfarçada elevação da carga tributária. É que o Estado remete a comunidade a arcar com os custos correspondentes às atividades privatizadas, sem que isso seja acompanhado da redução dos tributos existentes — especificamente no que tange aos impostos.

Essa afirmativa é menos verdadeira no tocante aos serviços públicos privatizados, muitos dos quais eram mantidos às custas de taxas. Com a privatização essas taxas desaparecem e são substituídas por tarifas, usualmente muito mais elevadas. De todo o modo, o processo de privatização acarreta a redução dos benefícios e facilidades oferecidos pelo Estado, mantendo-se inalteradas as exigências fiscais tributárias. O particular, embora obrigado a continuar pagando seus impostos, vê-se constrangido a recorrer à iniciativa privada para obter vantagens anteriormente mantidas pelo Estado.

Escaparia largamente à dimensão desse estudo uma disputa específica acerca do conceito de “sistema tributário”, mas não é possível deixar de destacar ângulo peculiar do problema. Um exemplo concreto permite avaliar o tema. Suponha-se o caso de servidor público, sujeito ao sistema de seguridade social anteriormente vigente. Com a reforma previdenciária, o pagamento da contribuição social por esse servidor se manterá inalterado. Mas, para auferir as vantagens que anteriormente lhe seriam asseguradas, terá ele de recorrer a um plano de seguridade privada. Então, o servidor estará desembolsando o tributo (contribuição social) e o valor correspondente ao plano de seguridade social. Ou seja, o efeito prático corresponde ao da elevação da carga tributária.

Cada vez que o Estado se retira de uma certa atividade e reduz seus gastos, sem reduzir os tributos, está produzindo o efeito de elevação da carga fiscal. Observe-se que esses desembolsos são compatíveis com o fenômeno da translação e o resultado é a transferência dos encargos para o preço final. Significa afirmar que a privatização produz uma espécie de ampliação da tributação indireta.

Em suma, o incremento da chamada *economia informal* e uma acentuada evasão fiscal passaram a produzir uma espécie de *tributação informal*. O Estado recorre a instrumentos atípicos para obtenção de recursos e manutenção de sua sobrevivência, ainda que tal se dê com a redução a um núcleo essencial de atividades — afirmativa que não significa afirmar que os serviços públicos essenciais continuem sendo desempenhados adequadamente pelo Estado. O núcleo essencial a que se alude é aquele necessário à manutenção do poder estabelecido.²⁰

A tributação indireta favorece os economicamente mais poderosos. Quanto

²⁰ Essa ponderação não pode deixar de remeter às argutas observações de HART, a propósito de um conteúdo mínimo de direito natural em uma ordem jurídica. Esse conteúdo mínimo não deriva de uma imposição jusnaturalística, mas de crua necessidade de obter uma adesão mínima, que permita a manutenção do poder. Confira-se em *O Conceito de Direito*, Lisboa, Fund. Calouste Gulbenkian, trad. de A. Ribeiro Mendes, pp. 209 e ss.

maior o poder econômico do agente, tanto mais intenso é o fenômeno da transferência de custos. O sujeito, justamente porque exercente do poder econômico, impõe ao outro contratante o preço e condições de negócio. Nesse contexto, transfere todos os encargos que havia assumido. Assim, o consumidor final acaba arcando com os valores correspondentes a todos tributos, tarifas e custos incorridos por todos os agentes econômicos.

Logo, esse fenômeno de *tributação informal* é bem acolhido pelas classes empresariais, onde se verifica o maior acúmulo de riqueza e de poder. Por derivação, reforça-se o poder político do grupo dominante, em processo de moto contínuo.

Como decorrência, as modificações introduzidas produziram a diminuição da aplicabilidade do sistema tributário e das garantias ali estabelecidas. Na medida em que se ampliou o âmbito de atuação empresarial, também se determinou a aplicação do regime jurídico de direito privado.

VII.5. A abertura do mercado nacional

Mais notável é a supressão da figura da empresa brasileira de capital nacional e das permissões para tratamento preferencial para os nacionais²¹. A regra constitucional revogada estabelecia distinção aguda. Havia duas categorias de sociedades brasileiras, conforme os controladores fossem ou não residentes no Brasil. Admitia-se que, em certos setores ou situações, fossem estabelecidas regras jurídicas discriminatórias contra as sociedades controladas por estrangeiros não residentes no Brasil. Com a revogação do art. 171 da CF/88, modificou-se radicalmente o panorama.

Isso não significa reconhecer o desaparecimento da diferença entre sociedades nacionais e estrangeiras. Nem importa afirmar a possibilidade de qualquer sociedade estrangeira passar a atuar, sem maior formalidade, no Brasil. Deve-se ter em vista que a CF/88 consagra e autoriza a distinção entre sociedades brasileiras e estrangeiras. São brasileiras as sociedades constituídas sob a lei brasileira e que mantêm no território brasileiro sua sede e administração. É vedado às sociedades estrangeiras a atuação no Brasil sem autorização governamental.

A modificação constitucional eliminou, antes de tudo, diferenciação entre as sociedades brasileiras. A partir de agora, todas elas devem receber tratamento isonômico, independente da nacionalidade ou domicílio de seus controladores. Essa alteração eliminou o fundamento para reservas de mercado, especialmente no setor de informática. No mesmo sentido, também desempenhou função relevante a permissão de acesso de empresas controladas por estrangeiros a atividades como mineração e similares.

21 Sobre esse assunto, v. EROS ROBERTO GRAU, *Conceito de empresa brasileira de capital nacional e incentivos fiscais — revogação do art. 171 da Constituição — interpretação da Constituição*, RTDP 13/83; TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Preferência à Empresa Brasileira de Capital Nacional. Análise do art. 171, § 2º da Constituição Federal*, em *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*, Atlas, 1990, e ROMANO CRISTIANO, *A nacionalidade da empresa e a nova Constituição Federal*, RT 639/46.

VIII. A reafirmação da função constitucional da empresa

A disciplina da atividade empresarial pela CF/88 seguiu marcos axiológicos precisos e inquestionáveis. A consagração do capitalismo significou ampla admissão da organização empresarial da atividade econômica privada. A ordem econômica brasileira funda-se no postulado da livre iniciativa. Todas as atividades econômicas podem ser desempenhadas pelos particulares, exceto as hipóteses (constitucionalmente admitidas) de prévia autorização exigida por lei. A atividade econômica desenvolve-se segundo o princípio da livre concorrência, em que o Estado se limita a atividades de fiscalização e de planejamento indicativo. O mercado é livre e a ele cabe determinar o êxito ou o insucesso dos agentes econômicos.

Mas isso não significa que a CF/88 tenha atribuído à atividade empresarial natureza não instrumental. A empresa não é um fim em si mesmo. Nem é meio de realização de interesses puramente privados. A ordem econômica é instrumento de realização de certos valores fundamentais, cuja realização é insuscetível de transigência. A Nação brasileira, ao compor seu pacto constitucional, elegeu certos objetivos a serem atingidos. Elegeram-se como valores fundamentais a soberania nacional e a dignidade da pessoa humana. Talvez se possa afirmar que o valor mais elevado é a dignidade da pessoa humana, para cuja realização se reputa indispensável a afirmação da soberania nacional.

A dignidade da pessoa humana importa não apenas a implementação de direitos de primeira e segunda geração, mas especialmente o adequado exercício daqueles de terceira geração. Vale dizer, não se trata apenas de reconhecer que o ser humano tem dimensões políticas e civis irredutíveis. Quer-se muito mais, no plano da existência material de cada ser humano. A dignificação do ser humano não se faz apenas pelo reconhecimento de sua integração na comunidade como ser livre e dotado de faculdades de participação. É indispensável que cada ser humano disponha de condições mínimas de sobrevivência, no tocante à saúde, alimentação, habitação, educação etc.. A dignidade de todo e qualquer ser humano traduz-se na sua realização como ser autônomo, relativamente a de todas as suas potencialidades existenciais.

A empresa é o instrumento fundamental para a realização dos objetivos contidos no art. 3º da CF/88²². Essa afirmativa é tanto mais verdadeira quanto mais se consagram as concepções neoliberais. As modificações constitucionais formais e informais reforçaram essa visão. Quando da aprovação da CF/88, ainda vigorava certa “ilusão” acerca da possibilidade de intervenção estatal exitosa. Sem dúvida, a leitura que muitos faziam do art. 3º era da consagração de um dever de atuação ativa (e quase exclusiva) do próprio Estado. Não seria despropositado afirmar que havia uma visão paternalista acerca do atingimento desses objetivos: cabia ao Estado adotar as providências necessárias à implementação dos objetivos previstos no art. 3º da Constituição. A vitória das concepções neoliberais, confirmada pelas modificações

22 No mesmo sentido, EROS ROBERTO GRAU, *Elementos de direito econômico*, Revista dos Tribunais, p. 132 e ss.. Sustentando posição diversa, FÁBIO KONDER COMPARATO, *Estado, empresa e função social*, RT 732/38.

introduzidas no corpo da Carta e acima referidas, não autoriza negar que os objetivos consagrados no art. 3º sejam um dever assumido pela Nação brasileira. É indubitável que o Estado está constringido a adotar todas as providências para realização daqueles objetivos. Mas se afirma que a implementação de tais ideais não se fará através da atuação exclusiva do Estado. Dependerá da tomada de posição de cada brasileiro, no âmbito de sua vida pessoal e social. É um compromisso nacional, sob esse ângulo.

Mas o instrumento mais relevante para a implementação de tais ideais é a atividade empresarial. O sucesso no desempenho da atividade economicamente organizada propiciará o desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Alterou-se, com isso, a própria valoração atribuída à empresa. Em um momento inicial, poder-se-ia reputar existente uma desconfiança ou preconceito contra a empresa. Inúmeros setores do pensamento nacional supunham que a interdição, total ou parcial, da atividade empresarial seria uma opção adequada. O Estado poderia substituir-se ao particular e chamar a si o desempenho dessas atividades. Hoje, reconhece-se que a empresa é insubstituível como instrumento de realização dos objetivos nacionais mais essenciais.

Ou seja, a atividade empresarial passou a ser uma espécie sucedâneo da atividade estatal na implementação de certos objetivos fundamentais, de interesse coletivo. A ampliação da margem de atuação e o incremento da relevância da empresa modificaram seu perfil e suas responsabilidades. A afirmação dessa característica de “*sucedâneo*” do Estado foi acompanhada da atribuição de um novo regime jurídico, eivado de características publicísticas.

Sem dúvida, isso importa o incremento da relevância do aspecto institucional da empresa. Há forte tendência da transformação da empresa em instituição. O fortalecimento da organização empresarial e a transcendência dos limites geográficos vai dissociando cada vez mais empresa e empresário. A busca do bem-estar dos empregados e sua instrumentalização para satisfação de interesses sociais ameniza o cunho meramente especulativo da empresa.

IX. Direito e Atividade Empresarial

Nesse contexto, a empresa se assemelhará cada vez mais ao próprio Estado. Acumulará enormes quantidades de riqueza. Será encarregada, de modo crescentemente progressivo, de prestar os serviços públicos. Sob certo ângulo, está-se diante da perspectiva da efetiva existência de “estados” dentro do Estado. Em face desse panorama, é extremamente relevante o controle jurídico da atividade empresarial.

IX.1. Limites intransponíveis à atuação empresarial

Como primeiro ponto, tem de reconhecer-se a existência de limites intransponíveis para a atuação empresarial. Há um núcleo de competências estatais não

transferíveis aos particulares, que envolve aqueles poderes essenciais à existência de um Estado Democrático de Direito. Não se trata, aí, de questionar eficiência da atuação estatal. Ao atribuir privativamente ao Estado essas competências, impede-se que a iniciativa privada instrumentalize em seu próprio benefício o uso do poder (militar, político ou econômico).

Essas competências se relacionam com uma espécie de “*mínimo jurídico*” garantido a cada ser humano, composto por um núcleo irredutível de liberdade e igualdade. As decisões acerca de núcleo somente podem ser tomadas pelos representantes dos próprios cidadãos. Não é possível que uma empresa assuma o desempenho de atividades relacionadas com esse núcleo irredutível, sob pena de comprometimento dos inalienáveis direitos de primeira e segunda geração.

Por isso, o Estado tem de continuar existindo e sendo titular das funções governamentais — especialmente as de cunho jurisdicional e legiferante. Todas as competências administrativas relacionadas com o uso institucionalizado da coação não podem ser atribuídas a particulares. Assim, as funções de segurança externa e interna têm de manter-se estatais, sem qualquer modalidade de privatização.

IX.2. Funcionalização da empresa

No plano constitucional, a empresa tem de ser investigada sob dois ângulos. A atividade empresarial pode ser considerada como instrumento de realização dos valores pessoais e egoísticos do empresário. Mas não se legitimou a empresa, constitucionalmente, apenas sob esse aspecto. O que dá sustentação constitucional ao instituto da empresa é sua vocação para realização da dignidade de cada pessoa humana. É possível, então, estabelecer algum tipo de paralelo entre os institutos da propriedade e da empresa. Seria possível reconhecer a cada qual deles um certo papel fundamental na estruturação do sistema econômico. A maior relevância está na funcionalização constitucional de ambos os institutos. Tal como se passa com a propriedade, a empresa somente se legitima na medida em que seja a via de afirmação de valores que transcendem seu titular. Há vinculação entre as faculdades atribuídas ao empresário e a realização de valores não referidos diretamente a ele. Isso não significa desnaturar a empresa e transformar o empresário em uma espécie de filantropo compulsório. É inerente à empresa a busca da eficiência e sua orientação para a satisfação de interesses egoísticos do empresário. Mas o que se afirma é que a realização de tais interesses apenas é válida em face do Direito se não for incompatível com a concretização de valores essenciais.

Nenhum tipo de exploração empresarial será legítima quando conduzir ao sacrifício dos interesses grupais e coletivos. A realização do lucro somente pode ser validada quando conduzir ao bem-estar grupal.

IX.3. Neoliberalismo e Estado Democrático de Direito

A supressão da atuação direta do Estado e sua substituição pela iniciativa privada vinculam-se à prevalência do ideal de eficiência. Essa radical modificação nas

concepções políticas se relaciona com a constatação de que a ineficiência estatal é causa geradora de pobreza e frustração de direitos individuais, sociais e políticos. Essa enorme onda de privatizações somente se legitima, portanto, se puder assegurar a realização dos valores jurídicos essenciais.

Ressalte-se que a continuidade do processo ora verificado permite prever acumulação do poder econômico no âmbito da empresa, especificamente em virtude da redução ou supressão da atuação estatal. Esse poder econômico tenderá a traduzir-se em poder político. Está-se diante do risco de o Estado ser substituído pela “Empresa”. Mais ainda, essa substituição poderá verificar-se lentamente, sem que as pessoas se dêem conta dela.

É imperioso reconhecer que a existência e continuidade do Estado são essenciais como garantia da Democracia e da manutenção de uma ordem justa. O problema, uma vez mais, é garantir a dignidade da pessoa humana. A ampliação dos poderes reconhecidos à empresa somente poderá admitir-se na medida em que também se incrementarem os controles jurídicos sobre sua atividade. A Civilização Ocidental caminhou longo percurso, durante séculos, para impor limites a seus governantes e submetê-los ao Direito. Essas conquistas fundamentais têm de ser mantidas. Não é possível admitir o desaparecimento do Estado Democrático de Direito. Ou seja, não é cabível que a busca pela realização dos direitos de terceira geração produza o sacrifício dos direitos de primeira e segunda geração.

Por isso, o Direito terá de impor limites para evitar que os empresários passem a ser mais poderosos do que os governantes — pois esses exercem o poder como representantes do povo.

Isso significa submeter a empresa a regime de efetivo controle. Livre empresa não significa ausência de submissão ao controle público. A redução da atuação direta estatal deve ser acompanhada pelo incremento de instrumentos de acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial. Esses instrumentos poderão ser similares aos desenvolvidos relativamente ao próprio Estado. O tema já vem se desenvolvendo no âmbito do Direito do Consumidor, mas deverá generalizar-se a aplicação ao campo empresarial do arsenal jurídico desenvolvido para controlar a ação estatal. Assim, é imperioso instituir uma espécie de sistema de *checks and balances* atinente à própria atividade empresarial. Como via principal de partilha do poder, cabe ressaltar a necessidade de continuidade de existência do próprio Estado.

Isso não significa que apenas o próprio Estado deverá exercitar controle e fiscalização sobre a atividade empresarial. Eliminar a participação popular envolveria o enorme risco da ineficiência estatal propiciar descaminhos e abusos por parte da empresa. Todas as decisões estatais deverão propiciar a manifestação popular e dar oportunidade a que os cidadãos apontem erros ou acertos. Deverá ampliar-se a legitimação ativa dos cidadãos (individualmente e através de associações) para questionar decisões e atividades empresariais, trazendo para o campo da atividade empresarial as conquistas processuais desenvolvidas a propósito da atuação estatal. O princípio da liberdade de exercício das atividades econômicas não é incompatível com a restrição à adoção de práticas incompatíveis com o interesse público geral.

Enfim, o poder econômico empresarial será tão forte que não se poderá reservar seu controle apenas ao Estado isoladamente.

IX.4. Fortalecimento empresarial e livre concorrência

O controle sobre a atividade empresarial se justifica inclusive para defesa da livre concorrência. A experiência evidencia que o fortalecimento empresarial e a acumulação de capitais tende a eliminar a livre concorrência. Surgem monopólios e empresas assumem posição dominante no mercado. Isso torna impossível o acesso de novas empresas à competição.

Dentro desse panorama, é essencial a adoção de instrumentos jurídicos de defesa da concorrência. O abuso de poder econômico não pode ser tolerado. Esse instituto assume contornos de muito maior reprovabilidade no cenário ora enfrentado²³.

O abuso de poder econômico não interessará mais apenas aos agentes econômicos. Nem se tratará de defender os consumidores, arriscados a submeter-se a regime monopolista. O abuso de poder econômico adquire relevância política, eis que a pluralidade de empresas competindo no mercado é garantia da ausência de opressão da cidadania. A dominação do mercado e a supressão de competidores produzirá o risco da incontrollabilidade da atividade empresarial.

O postulado da livre concorrência deverá aplicar-se especialmente a propósito dos serviços públicos privatizados. É imaginável que o Estado, ao desempenhar diretamente os serviços públicos, adote regime de monopólio. Mas não há motivo para manter-se essa situação ao promover-se a privatização. A pluralidade de empresários competindo entre si no desempenho do serviço público constitui-se em garantia do controle sobre a atividade empresarial.

É fundamental, por isso, a existência de mecanismos destinados a evitar o abuso de poder econômico. Não cabe reservar apenas aos órgãos governamentais ou aos particulares diretamente lesados a possibilidade de invocar vícios dessa natureza. Sob esse ângulo, o mercado constitui-se em bem de interesse geral de toda a Nação (tal como, aliás, dispõe o próprio art. 219 da CF/88).

IX.5. Pragmatismo e Soberania

O interesse da captação de recursos estrangeiros e da integração ao mercado internacional não podem toldar a persecução dos valores fundamentais relacionados no art. 3º da CF/88.

Isso acarreta impossibilidade de empresas “politizarem” sua atuação em favor de interesses de outros Estados. Esse fenômeno consiste na submissão da atuação empresarial às orientações provenientes de governantes de outros Estados ou na assunção de certas bandeiras ou ideais políticos²⁴.

23 Acerca do abuso do poder das empresas, conferir os artigos de SÉRGIO NOVAIS DIAS, *Abuso de poder econômico e proteção ao consumidor*, RDM 84/19; de LUÍS FERNANDO SCHUARTZ, *Abuso de poder econômico e (i)legitimidade*, RDM 95/57 e *Poder econômico e abuso do poder econômico no direito de defesa da concorrência brasileiro*, RDM 94/13, além do livro de FÁBIO KONDER COMPARATO, *O Poder de controle na Sociedade Anônima*. 3ª ed., Forense.

24 Também sobre a questão da soberania, v. EROS ROBERTO GRAU, *Conceito de empresa brasileira*

As empresas relacionadas com o capital estrangeiro deverão submeter-se à busca do bem-comum tanto quanto as empresas nacionais. O tema da soberania não se afasta da questão da exploração da pobreza e a questão não se relaciona com nacionalidade da empresa. Uma prática abusiva não deixa de ser infringente aos valores constitucionais simplesmente porque praticada por empresa “genuinamente” nacional.

Nem se pode reputar como compatível com a Constituição o desperdício de recursos públicos ou a destruição da poupança popular em favor de empresa dita nacional.

IX.6. Pragmatismo e Ética

O reconhecimento da superioridade da empresa sobre o Estado, do ponto de vista da eficiência, não retira a preponderância do aspecto ético do problema, pois a procura pela eficiência não valida as condutas eticamente reprováveis. O Estado tem o dever de manter seu compromisso com a ética e com a eficiência. Aliás, ser eficiente é uma forma de ser ético. Mas não basta ser eficiente para ser ético. Cabe ao Estado ser um dos instrumentos pelos quais a cidadania controlará a atividade empresarial sob o ponto de vista ético.

X. Conclusão

O postulado da livre concorrência e a reserva preferencial do exercício da atividade econômica para os particulares atribuem enorme relevo para o instituto da empresa²⁵. Mas a situação adquire novas características com a dita “*nova ordem mundial*”. Verifica-se a tendência à ampliação do âmbito da atividade lucrativa e de moldar-se toda atuação pública e privada segundo os padrões empresariais.

Reputando que tal seja uma evolução inevitável, ter-se-á de tomar consciência da impossibilidade de subordinar todos os setores da existência humana pelo paradigma da eficiência empresarial. Há valores e conquistas individuais e sociais que sobrepujam as concepções gerenciais de administração de negócios. O parâmetro fundamental da sociedade — e assim o consagra nossa Constituição — é o ser humano e sua inalienável e irredutível dignidade.

de capital nacional e incentivos fiscais — revogação do art. 171 da Constituição — interpretação da Constituição (RTDP 13/83).

²⁵ Concluindo no mesmo sentido, ARNOLDO WALD, *O espírito empresarial, a empresa e a reforma constitucional* (RDM 98/51).

Ref. 0124
Brochura
347 págs.
Form. 14x21
1996

A ESTRUTURA LÓGICA DO DIREITO

Arthur José Faveret Cavalcanti

Este livro é antes de tudo uma originalíssima teoria geral do direito. Há velhos temas abordados de forma inusitada. O tratamento dado à tormentosa questão da personalidade jurídica é um exemplo. E são também enfrentadas questões que até aqui haviam passado despercebidas, como a de elucidar as relações lógicas entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento. Para lançar luz sobre pontos obscuros, os leitores são convidados a participar de experimentos mentais, como por exemplo, o de imaginar o que sucederia se o artigo da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual a lei nova revoga as anteriores com que conflite, fosse substituído por outro, de sentido inverso, que condicionasse a vigência da lei nova a que não existisse lei anterior em sentido contrário.