

ARNOLDO WALD (*)

"A crescente parceria com o setor privado na propriedade e gestão da infra-estrutura nacional exigirá a redefinição do papel do Estado."
(Presidente FERNANDO HENRIQUE CARDOSO)

"A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através de taxaço ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos."
(PETER DRUCKER, *Gazeta Mercantil* de 11.7.95, Relatório Especial, p. 4)

A) A revisão do papel do Estado

"O Estado, quando é forte, nos esmaga, quando é fraco perecemos". (PAUL VALERY)

1. Em todos os países, a própria noção de Estado e, em particular, as suas dimensões ideais e as suas relações com a sociedade têm sido objeto de análises e polêmicas. Uma ampla literatura oriunda de políticos, sociólogos, economistas e até juristas se insurge contra o *Estado megalômano*¹, onipresente, hipertrofiado e super-desenvolvido, defendendo-se uma ampla redução do seu papel e exigindo simultaneamente maior eficiência no exercício de suas funções básicas. Desenvolve-se, assim, a tese de que precisamos de menos Estado e de mais Justiça comutativa e distributiva, devendo ser adotada fórmula que assegure a existência do *Estado mínimo*², do Estado moderno, que é o *Estado modesto*³. Ao

¹ JEAN-FRANÇOIS REVEL *El Estado Megalomano*, tradução em espanhol da obra cujo título original em francês era *La Grâce de l'Etat*, 1984.

² GUY SORMAN, *L'Etat Minimum*, Albin Michel, 1985.

³ MICHEL CROZIER, *Etat Moderne, Etat Modeste, Stratégie pour un Changement*, Paris, Fayard, 1987.

mesmo tempo, fala-se no declínio do Estado, na necessidade de um novo pacto social, no qual a democracia se faria sentir não apenas na seleção dos governantes mas, de modo mais intenso, na formação da vontade nacional, devolvendo o Estado, à sociedade, numerosas atividades das quais se incumbiu de modo inadequado e reduzindo a área de sua regulamentação, que se tornou excessiva.

2. Há, com efeito, uma certa tendência para “nacionalizar o Estado”, ou seja, no fundo, submetê-lo mais diretamente à sociedade. Tal fato decorre tanto do caráter muitas vezes casuístico e, algumas vezes, incoerente da regulamentação do Estado, como de ter o mesmo engordado demais, perdendo a flexibilidade e rapidez, que o mundo contemporâneo e a chamada sociedade pós-industrial exigem, nas decisões governamentais. O Estado mantém, outrossim, um aparelho obsoleto, tanto nas suas repartições públicas, quanto nas empresas públicas e sociedades de economia mista, dominadas por um corporativismo condenável e, na maioria dos casos, destituídas do espírito empresarial, que justificou a sua própria criação, como instrumento da descentralização administrativa.

3. Já se disse que, em relação às monarquias do passado, quiçá, no Brasil, às capitânias hereditárias, tivemos uma mudança de forma política, mas que, no fundo, não evoluímos muito, pois mudamos mais os rostos e o *status* imperial do que o regime, ou seja, o comportamento e o método de gestão dos governantes, que continua opondo o Estado administrador e regalista à sociedade civil⁴. Essa falta de identificação se manteve de tal modo que as elites e o povo, ou seja, os cidadãos, mesmo no regime democrático, não se consideram integrados no Estado, não se apropriam da famosa frase de Luiz XIV “*L’Etat c’est moi*”, mas afirmam que “o Estado são eles”, eles os governantes, os funcionários, a Administração como um todo. Em particular, no Brasil convive uma Administração, que, geralmente, ainda usa métodos arcaicos e mantém uma estrutura centralizada, com alguns setores privados dotados das mais modernas técnicas de produção e de gestão que caracterizam o início do século XXI⁵.

4. Na realidade, o contrato social precisa ser revisto porque, em virtude dele, o que ocorreu foi o fato do Estado ter-se tornado o dono da sociedade, em vez de ser, como deveria, o conjunto de serviços públicos à disposição do cidadão. Assim sendo, decorridos cerca de cinquenta anos a partir da consagração generalizada do Estado-providência, ficou evidenciado que, em muitos casos, o mesmo levava seja ao Estado totalitário, seja ao Estado ineficaz e falido⁶. O grande desafio atual consiste em reestruturar o Estado, e,

⁴ RAYMUNDO FAORO, *Os Donos do Poder, Formação do Patronato Brasileiro*, 1958, especialmente p. 261 e seguintes.

⁵ Não se trata, todavia, de situação peculiar ao nosso país. Ela também existe na França, por exemplo, como se verifica pela leitura da obra de um grupo de autores intitulada *Pour Nationaliser l’Etat*, Paris, Editions du Seuil, 1968, p. 238.

⁶ PIERRE ROSANVALLON, *La Crise de l’Etat-Providencia*, Paris, Editions du Seuil, 1981. No mesmo sentido William E. Simon, *A time for action*, New York, Berkley Books, 1980.

simultaneamente, fortalecer o funcionamento dos serviços públicos que deve prestar ou regular. Essa reformulação do Estado se impõe a fim de evitar o seu colapso, que até pode significar o fim de uma civilização e a volta dos bárbaros com a qual alguns cientistas políticos nos ameaçam ⁷.

5. Mas, se é preciso reinventar o Estado ⁸, modificar o seu relacionamento com o cidadão, privatizar a sua gestão, retirar-lhe a arrogância e a onipotência, que não se coadunam com a democracia, submetê-lo à estrita obediência das normas jurídicas, também a sociedade deve criar os seus órgãos de colaboração, controle e intervenção na vida estatal, para reassumir a posição, que sempre deveria ter tido, de titular da verdadeira soberania, que pertence à nação. Se algo já se fez para restringir a função do Estado, mediante um esforço válido no campo das privatizações e da desregulamentação da atividade econômica, ao contrário, muito poucas têm sido as iniciativas da sociedade para criar mecanismos e especialmente órgãos de mediação com o Poder Público, para colaborar com a administração, embora o funcionamento das câmaras setoriais, o diálogo crescente entre empresas, sindicatos e órgãos governamentais, a concepção do *ombudsman* ou corregedor do povo e outras idéias análogas indiquem uma tendência neste sentido, que precisa, todavia, ser concretizada, sedimentada e institucionalizada.

6. As afirmações de caráter geral, que acabamos de fazer e que se aplicam à maioria dos países, são ainda mais pertinentes quando se cogita da estrutura do Estado brasileiro. Os sociólogos brasileiros tiveram o ensejo de apontar a manutenção dos *donos do poder*, que continuaram comandando o Estado, formando o chamado *estamento burocrático*, sem que a nação se apropriasse da soberania nacional ⁹. Essa situação se manteve *a grosso modo*, no sistema ditatorial, seja no Estado Novo, seja no regime militar, podendo ter havido mudança das pessoas que exerciam o poder, mas não do sistema, que fazia do Estado patrimonial uma entidade pertencente a um ou a vários grupos, mas sem compromissos com a nação. Já se disse que, no caso, em vez do mandato, que pressupõe a fidelidade do mandatário à vontade do mandante, havia uma simples gestão de negócios, no interesse quase exclusivo do próprio gestor.

B) O Novo Direito Administrativo

“Notre droit administratif classique est un droit du commandement, du privilège, du contrôle et, pour tout dire, de la méfiance. Le droit administratif de

⁷ GUY SORMAN, *En Attendant les Barbares*, Paris, 1992; JACQUES ATTALI, *Lignes d'Horizon*, 1990 e ALAIN MINC, *Le Nouveau Moyen Âge*, Paris, 1993. Sobre as transformações sofridas pelo Estado moderno, existe ampla bibliografia, destacando-se o volume 21 dos *Archives de Philosophie du Droit* publicado em 1976, intitulado *Genèse et Declin de l'Etat*.

⁸ DAVID OSBORNE e TED GAEBLER, *Reinventing Government*, 1992, livro do qual já existe tradução brasileira sob o título *Reinventando o Governo*, 1994.

⁹ RAYMUNDO FAORO, ob. cit.

l'aléatoire, qui s'élabore sous nos yeux, présente et présentera de plus en plus des caractéristiques différentes: ce sera un droit de l'effort commun, encadré par des 'actes collectifs', de l'entraide entre l'Administration et ses partenaires et, pour tout dire, de la confiance."

(ANDRÉ HAURIOU, "Le Droit Administratif de l'Aléatoire", in *Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Tratóbas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 224.)

7. Desenvolveu-se, recentemente, no Direito Administrativo, a teoria dos contratos de colaboração ou de cooperação, que não eram concebíveis no século XIX e que são, em grande parte, o resultado prático da elaboração do "direito da crise" e da sociedade dominada pelas novas tecnologias.

8. Sabemos que o contrato administrativo pode ser de colaboração ou de atribuição. No contrato de colaboração, ou de cooperação, o particular, contratado pela Administração Pública, obriga-se a prestar-lhe determinado serviço ou a realizar determinada obra, como ocorre nos contratos de obras, serviços ou fornecimentos. No contrato de atribuição, a Administração confere ao particular determinadas vantagens ou direitos, como, p. ex., o uso especial de bem público ¹⁰.

9. A colaboração entre a empresa privada e a Administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dado ao contrato administrativo maior flexibilidade, em virtude das próprias cláusulas exorbitantes, do atendimento imperativo do interesse público e da evolução tecnológica que tem ocorrido em progressões geométricas nas últimas décadas.

10. Dentro dos limites em que uma determinada obra é realizada pela administração ou para ela, pressupõe-se a possibilidade de ocorrência de situações imprevistas, que devem ser superadas, ou de modificações posteriores unilateralmente impostas pelo Poder Público, que devem repercutir o mínimo possível no ritmo dado à obra, resolvendo-se as conseqüências das novas situações criadas em compensação ao contratado. Impõe-se, assim, uma relação dinâmica, negociada ou concertada, que se deve estabelecer entre as partes.

11. Ademais, o gigantismo de algumas das obras estatais e a velocidade em que devem ser realizadas, para atender ao interesse público, nem sempre permitem um planejamento prévio e detalhado, tanto no campo técnico como financeiro, obrigando a Administração e o empresário a recorrerem, constantemente, à criatividade para dar soluções aos problemas que surgem ¹¹.

¹⁰ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 26ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 203.

¹¹ Foi o caso do eurotúnel, cujo custo foi muito superior ao previsto inicialmente, mas que somente pôde ser concluído em virtude de se tratar de concessão, na qual as partes negociaram a continuação da obra, recorrendo à arbitragem para fixar as alterações imediatas do contrato, sem prejuízo de uma decisão final na qual se apurariam direitos e deveres das partes. Os próprios Estados concedentes - a França e a

12. Assim sendo, a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras, de tecnologia complexa e de execução demorada, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes e que não se enquadram nos riscos comerciais assumidos pelo construtor. O mesmo acontece com as concessões, especialmente quando são de longo prazo.

13. Deste modo, enquanto o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução tecnológica e financeira, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico, exigiram uma reformulação do Direito Administrativo. Este, como os demais ramos da ciência jurídica, passou a constituir um “direito flexível”, na feliz expressão de JEAN CARBONNIER¹².

14. Em artigo pioneiro, no qual examinou os efeitos do aleatório no Direito Administrativo, o Prof. ANDRÉ HAURIUO, da Faculdade de Direito de Paris, salientou, oportunamente, que “a transformação sofrida pelas Ciências não mais se limita às Ciências Naturais. As noções de condicionamento, aleatoriedade e relatividade desenvolvidas pelos matemáticos e que, inicialmente, renovaram a Física e a Química, começam a transformar as Ciências Jurídicas e, em particular, o Direito Administrativo”¹³.

15. Efetivamente, no passado, todo o esforço dos juristas foi no sentido de evitar as situações aleatórias e de transformá-las, sempre, mediante prévia regulamentação, em situações determinadas. A determinação das prestações constitui, em geral, uma das condições da própria validade do contrato. Por conseguinte, os riscos criados por oscilações do mercado ou pela própria variação das taxas de juros eram, ou podiam ser, previstos e aceitos pelos contratantes, pois as eventuais modificações, sendo diminutas e só ocorrendo paulatinamente, não abalavam a própria estrutura do contrato. A determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes puderam, por longo período, caracterizar as situações do Direito Administrativo, num mundo economicamente estável.

16. As incertezas decorrentes de mudanças econômicas cada vez mais rápidas, a globalização e a crescente volatilização das economias fizeram, todavia, com que o Direito Administrativo não mais pudesse deixar de

Inglaterra - mudaram as condições, aumentando os prazos da concessão para permitir que a operação fosse rentável. Comparada com a construção, no passado, de obras semelhantes, como a dos canais de Suez e Panamá, o eurotúnel realizou um prodígio quanto ao tempo de sua realização, que se deveu não somente ao progresso tecnológico, mas também ao aprimoramento das normas legais e dos mecanismos jurídicos aplicáveis no caso, que permitiram superar os impasses criados.

¹² JEAN CARBONNIER, *Flexible Droit*, 7ª ed., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992.

¹³ ANDRÉ HAURIUO, “Le Droit Administratif de l’Aléatoire”, in *Mélanges Offerts à Monsieur le Doyen Louis Trotabas*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1970, p. 198.

reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução. Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando, muitas vezes, em aumentos de custo e prejuízos para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de Direito Administrativo uma nova variante, que é a chamada "flexibilidade" (*souplesse* do Direito francês), que significa uma interpretação construtiva e negociada do que foi pactuado, para preencher as eventuais lacunas e superar as dificuldades geradas por normas legais, regulamentares ou contratuais que não previram os fatos da maneira pela qual acabaram acontecendo, ou os efeitos deles decorrentes.

17. Verifica-se, assim, que não só no campo legal, mas também na área contratual, ocorreu a famosa "revolução dos fatos contra o direito", à qual alude a doutrina francesa¹⁴.

18. Efetivamente, fundadas na teoria da imprevisão ou nos princípios da boa-fé e da lealdade, que devem inspirar os contratos, a doutrina e a jurisprudência reconheceram a necessidade de permitir a revisão dos contratos administrativos, de tal modo que seus objetivos pudessem ser realizados, considerando-se os reflexos das novas situações criadas e que foram conceituadas, nas várias legislações, como interferências imprevistas (*sujétions imprévues ou changed conditions*), que ocorrem na vida dinâmica da operação.

19. Enquanto no direito privado as eventuais modificações surgidas podem levar à rescisão do contrato, ou à sua paralisação, com base na *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1.092 do CC), ao contrário, no campo do Direito Administrativo, vigora, em tese, o princípio da continuidade das obras públicas, que leva à manutenção do contrato, com a necessária recomposição de preços e a eventual dilação de prazos.

20. Entramos, assim, num campo que o Direito francês caracterizou como sendo, na feliz conceituação de BLOCH-LAINÉ, o da economia concertada, na qual, para realizar seus planos, a Administração vê-se obrigada a cumprir suas obrigações de acordo com os princípios da negociação, da boa-fé e do respeito aos compromissos recíprocos das partes¹⁵.

21. A doutrina recente reconhece que existe, nesses contratos, uma obrigação de cooperação, que é até mais densa no seu conteúdo do que as de boa-fé e de lealdade, pois estas importam, na concepção tradicional, em simples omissão da conduta de má-fé, enquanto aquela impõe um comportamento ativo de lealdade e negociação construtiva. Como bem salienta o Prof. GÉRARD FARJAT, trata-se de uma idéia moderna, que a doutrina invoca cada vez mais

¹⁴ GASTON MORIN, *La Révolte du Droit Contre le Code*, Paris, Sirey, 1945.

¹⁵ FRANÇOIS BLOCH-LAINE, *Pour Une Réforme de L'Entreprise*, Paris, Editions du Seuil, 1963, e ROGER PERCEROU, in Prefácio da obra de MICHEL FLEURIET, *Les Techniques de l'Économie Concertée*, Paris, Sirey, 1974, p. VII. No mesmo sentido, YVES PICOD, *Le Devoir de Loyauté dans l'Exécution du Contrat*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1989.

frequentemente e de acordo com a qual “o contrato não se fundamenta necessariamente em relações antagônicas entre as partes, mas pode ter a sua base numa relação de cooperação”¹⁶. Essa obrigação não se limita a ocorrer no contrato de sociedade, dominado pela *affectio societatis*, e no mandato dado no interesse comum das partes, mas também existe nos casos de colaboração contratual, como os referentes à subempreitada, à concessão exclusiva de venda e a concessão de serviço público.

22. Algumas vezes, o contrato que, por sua natureza, poderia não ser considerado associativo ou de colaboração, passa a sê-lo em virtude da sua própria duração. Assim, nos contratos de trato sucessivo, a cooperação impõe-se para superar as eventuais dificuldades de execução encontradas pelas partes. Neste sentido, manifesta-se o Prof. JEAN CARBONNIER quando escreve:

*“Se se considera que há — ou, no mínimo, que deveria haver — um espírito de associação entre as duas partes no contrato sucessivo, não é absurdo sustentar que ambas devem cooperar para superar a crise surgida na execução do contrato. É esta fórmula de colaboração que parece explicar o sistema seguido pelo Direito Administrativo. Ela enseja as seguintes conseqüências práticas particulares: 1) não deve ocorrer imediatamente a revisão autoritária do juiz, devendo-se convidar previamente as partes para que cheguem a um acordo amigável; 2) na falta de uma solução negociada, o juiz deve encontrar uma solução equitativa...”*¹⁷

23. Ademais, não há conflito entre o espírito de colaboração, que deve inspirar o contrato administrativo, e a existência das cláusulas exorbitantes que o particularizam e o distinguem dos contratos privados. Conforme observou MARCELLO CAETANO:

*“... não há contradição, senão aparente, entre a idéia de associação ou colaboração e a de sujeição, visto que também o contraente público se encontra submetido ao interesse público; não existe, por conseguinte, colaboração possível entre as duas partes sem essa comum sujeição”*¹⁸.

24. No contrato administrativo, muitas vezes as partes estão participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela flexibilidade,

¹⁶ GÉRARD FARJAT, *Droit Privé de l'Économie: Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1975, pp. 274-276.

¹⁷ JEAN CARBONNIER, *Théorie des Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963, p. 262.

¹⁸ MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, 10ª ed., Coimbra, Almedina, 1980, t. I, p. 589.

pela organização comum do trabalho e pela possibilidade de, frente às situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo.

25. A flexibilidade do Direito Administrativo contemporâneo, no setor econômico e, particularmente, nos aspectos referentes às relações negociais mantidas pelo Estado com os particulares, com vistas à execução de obras vinculadas às concessões de serviços públicos é um dos traços essenciais do Direito Administrativo-Econômico hodierno.

26. Assim, conforme observou ANDRE DE LAUBADERE:

“On considère très généralement que le Droit Administratif Economique est principalement caractérisé par une souplesse que l'on ne rencontre pas, du moins à ce degré, dans les autres parties du Droit Administratif. On ajoute du reste généralement que ce trait se retrouve dans toutes les branches du Droit Economique: en raison des caractéristiques de son milieu propre, en particulier de la matière à laquelle il s'adresse, le Droit Economique aspire à se mouvoir dans le cadre de notions, de règles, de théories moins rigides, moins catégoriques, moins fixes que les autres Droits” ¹⁹.

27. Na realidade, podemos assinalar duas tendências paralelas e complementares. De um lado, flexibiliza-se o direito administrativo, nele incluindo-se fórmulas de direito privado com as adaptações necessárias. De outro, delega-se aos particulares a realização de determinados serviços públicos, de acordo com a regulamentação e sob a fiscalização do Estado, multiplicando-se as parcerias.

28. Já dizia ROGER HOUIN que, num determinado momento, o Estado não se limitou a expropriar os bens dos particulares mas também passou a utilizar as técnicas de direito privado para desenvolver a atividade administrativa, como foi o caso, por exemplo, das sociedades de economia mista ²⁰. Esta maior flexibilidade da administração para alcançar os seus objetivos significa, pois, uma privatização dos métodos de trabalho e da organização de poder público e das entidades administrativas para que possam adquirir maior eficiência. Para tanto, utiliza-se a descentralização sob todas as suas formas, a democratização dos vários procedimentos administrativos, com as audiências públicas que precedem as decisões do Poder Público e amplia-se o controle da sociedade

¹⁹ ANDRE DE LAUBADERE, *Droit Public Economique*, 10ª ed., Paris, Dalloz, 1976, p. 109.

²⁰ R. HOUIN, “La Gestion des Entreprises Publiques et les Méthodes de Droit Commercial”, in *Archives des Philosophie du Droit, nouvelle série, La Distinction du Droit Privé et du Droit Public et l'Entreprise Publique*, Paris, Recueil Sirey, 1952, pp. 79-80.

sobre o próprio Estado, seja pela criação do *ombudsman* e de órgãos análogos, seja com a ampliação do controle judiciário e a multiplicação de instrumentos para que possa ser realizado adequadamente.

29. Numerosas são as medidas constitucionais, legais e regulamentares neste sentido. Abrangem desde a Emenda Constitucional nº 19, que determina que o Estado seja eficiente (nova redação dada ao art. 37, *caput*) até a recente reforma da lei societária, que passou a admitir a falência das sociedades de economia mista ao revogar o art. 242 da Lei nº 6.404²¹. Com a mesma finalidade, foi elaborada toda a legislação específica das Agências Reguladoras, que gozam de ampla autonomia.

30. Por outro lado, multiplicaram-se as formas de parcerias, com densidade maior ou menor da presença do Estado, quer no caso das concessões, quer em virtude de determinadas privatizações, nas quais se manteve a ação especial do Poder Público também denominada “*golden share*”.

31. Toda essa revolução levou alguns autores a admitirem que, após uma fase de relativa publicização do direito privado, estamos agora flexibilizando, privatizando e democratizando o Direito Administrativo, ou, ao menos, alguns dos seus ramos e, em particular, o Direito Público Econômico e o Direito da Regulação.

32. Há um verdadeiro movimento pendular entre a maior e a menor intervenção do Estado no mercado em decorrência da própria evolução política, econômica e social do mundo. Este movimento pendular tem sido assinalado pela melhor doutrina, tanto no exterior quanto no Brasil. A própria distinção entre o direito público e o direito privado, que continua sendo importante para fins didáticos e para a boa compreensão dos princípios jurídicos básicos, não tem mais a importância que lhe foi atribuída no passado. Temos situações tangentes entre os dois direitos, sendo semi-públicas e semi-privadas, do mesmo modo que existem atos bifaces, com aspectos de Direito Comercial e outros de natureza administrativa, como ocorre em relação a diversos negócios jurídicos realizados no campo do Direito Bancário e nas relações decorrentes da atuação das sociedades de capital aberto²².

33. A doutrina brasileira tem reconhecido tanto a recente evolução do Direito Administrativo como a importância crescente do direito das parcerias público-privadas, que também tem sido um dos temas desenvolvidos recentemente pela doutrina estrangeira²³.

²¹ Lei n. 10.303, de 31.10.2001, art. 10.

²² ARNOLDO WALD, “Aspectos Peculiares do Direito Bancário: O Regime Jurídico dos Atos Bifaces”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 48, pp. 5-15, out./dez. 1982.

²³ A doutrina francesa tem examinado as parcerias entre as entidades públicas e a iniciativa privada em vários estudos, dos quais se destacam os seguintes: PAUL LIGNIERES, *Partenariats Publics-Privés*, Paris, Litec, 2000, 361 p.; ISABELLE CHATRIE et JEAN-MICHEL UHALDEBORDE (Dir.), *Partenariat Public-Privé et Développement Territorial*, Paris, Le Monde, 1995, p. 398; HENRY LESGUILLONS e MARCEL SARMET (Dir.), *Financement Privé d’Ouvrages Publics à l’Horizon 1993*, Colloque de Paris des 26 e 27 mars 1990, Paris, FEC, 1991, 325 p. Também tem sido destacada pela doutrina a importância crescente da chamada

34. Examinando o programa da reforma administrativa, o Professor CAIO TÁCITO assinala o seu caráter gerencial e afirma:

“Numerosos são os objetivos explicitados neste programa de Governo. Visando a reconstruir o Estado com o propósito de tornar mais eficientes suas atividades exclusivas, propõe-se igualmente a ampliar a presença de serviços sociais competitivos, transformando-os nas chamadas organizações sociais ...”.

35. E acrescenta:

“Estimula-se a descentralização do aparelho do Estado, com ênfase nos contratos de gestão e a maior cooperação entre Municípios, Estados e a União; mediante consórcios e convênios. Valoriza-se a participação dos usuários na Administração Pública e possibilita-se o acesso da autoridade a informações privilegiadas com o sentido de superar o isolamento burocrático e prover canais de maior circulação em benefício do interesse geral.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista adquirem maior liberdade operacional, sob o regime de direito privado, apenas obrigadas a observar os princípios programáticos enunciados no capítulo do art. 37, para a Administração descentralizada ²⁴.”

36. Em outro estudo intitulado “O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”, escrito em homenagem ao Professor argentino MIGUEL MARIENHOFF, o Professor CAIO TÁCITO reconhece que:

“A propriedade privada retoma, de certa forma, sua autonomia, obscurecida pela exacerbação do intervencionismo estatal na economia, mas fica nítida a subordinação de sua atividade aos pressupostos da função social que dela se exige.

“atividade de direito privado” da administração, como se verifica por várias monografias italianas, entre as quais se destacam as seguintes: CARLO MARZUOLI, *Principio de Legalità e Attività di Diritto Privato della Pubblica Amministrazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1982; ALESSANDRO CROSETTI, *L'Attività Contrattuale della Pubblica Amministrazione: aspetti evolutivi*, Torino, G. Giappichelli, 1984; SALVATORE ALBERTO ROMANO, *L'Attività Privata Degli Enti Pubblici: Problemi Generali, la Capacità Giuridica Privata*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1979. Também tivemos a ocasião de escrever a respeito um artigo intitulado “Dos Contratos Privados Firmados pela Administração Pública”, in *Digesto Econômico*, São Paulo, n. 364, pp. 38-42, jan./fev. 1994 e in *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 40, pp. 13-22, dez. 1993.

²⁴ CAIO TÁCITO, “Reforma Administrativa”, in *Carta Mensal*, Rio de Janeiro, jul. 1998, n. 520, pp. 5-6.

Em termos contemporâneos, o direito público passa a refletir – e são modelos desta tendência as novas constituições do final de século – duas vertentes específicas: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal fortalece a associação entre a iniciativa privada e o serviço público ²⁵.”

37. E conclui:

“A abertura da economia e a relativa retirada da presença do Estado na prestação de serviços econômicos é uma das manifestações desta dança do pêndulo entre extremos em busca do equilíbrio estável da perfeição.” ²⁶

38. Assim, não só se admitiu que, na palavra do Professor MASSIMO SEVERO GIANNINI, “el derecho privado, expulsado por la puerta, volvía a entrar por la ventana ²⁷”, como se chegou a falar na “fuga (do direito administrativo) para o direito privado ²⁸”, numa verdadeira reversão das situações.

39. No fundo, tratando-se de reflexos jurídicos de fatos econômicos e de decorrência da globalização, não se deve concluir nem pela privatização do Direito Público, nem pela publicização do Direito Privado, devendo, ao contrário, ser estabelecido um equilíbrio, uma complementação, um *modus vivendi* entre ambos, com a compatibilização das normas e das finalidades dos dois ramos do Direito, cuja razão de ser é a mesma.

40. Mantendo-se, assim, algumas das estruturas tradicionais do Direito Administrativo, em vários campos de sua incidência, em outros deve predominar a flexibilidade com a criação de novos modelos ²⁹. Assim, o Direito Administrativo Econômico deve ter um regime específico e um espírito próprio, ensejando as parcerias público/privadas, cuja importância crescente é atestada

²⁵ CAIO TÁCITO, “O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro”, in *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 334, abr./jun. 1996, p. 16.

²⁶ Ob. cit., p. 18.

²⁷ Apud CAIO TÁCITO, p. 13.

²⁸ MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Fuga para o Direito Privado*, Coimbra, Almedina, 1996, e, da mesma autora, *Requiem para o Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

²⁹ Neste sentido, escreve ALICE GONZALEZ BORGES que: “O surgimento dessas novas tipologias contratuais, no setor público, expurgados os evidentes exageros e atecniais, não aparece por acaso, antes evidenciando o surgimento de novas necessidades, que as atuais estruturas contratuais já não mais satisfazem. A nosso ver, sinalizam no sentido de estudar-se uma nova dimensão para o modelo brasileiro do contrato administrativo, em nosso ordenamento jurídico, para que, efetivamente, torne-se mais consentâneo com as necessidades de aplicação das novas formas de parceria público-privada, que estão eclodindo por toda a parte”. (ALICE GONZALEZ BORGES, “O Contrato Administrativo Repensado”, in *Revista da Academia de Letras Jurídicas da Bahia*, Salvador, n. 3, p. 15, jul./dez. 1999).

tanto pelos diplomas legislativos, como pelas decisões judiciais e pelos estudos doutrinários^{30 31}.

C) As Privatizações e o Direito Administrativo. O Direito de Regulação

41. Não há dúvida que o Direito Administrativo influenciou muito as privatizações, como anteriormente as nacionalizações realizadas após a Segunda Guerra Mundial. Ademais, as privatizações também alteraram, em parte, o Direito Administrativo, que deixou de ser aplicado, no campo econômico, aos serviços e sociedades estatais e regula os serviços delegados às pessoas de direito privado. Há, no caso, não só uma transformação da função, mas também da metodologia do Direito Administrativo.

42. Efetivamente, o Direito Administrativo não é mais uma matéria esotérica, desde que considere as regras de direito privado, especialmente as de Direito Comercial. Por outro lado, a maior parte das privatizações seguiu um processo definido em termos multidisciplinares, associando juristas a economistas e administradores.

43. Na preparação e efetivação da privatização, os princípios do Direito Administrativo aplicados garantiram a realização de um processo correto, legal e transparente, considerando todos os candidatos da mesma forma, em quase todos os países, salvo algumas raras exceções. É preciso reconhecer que o Direito Administrativo das privatizações mudou, em relação ao do século XIX, tratando-se de um direito que preconiza a informação mais completa (*full disclosure*), a publicidade dos debates (*public hearing*), a lealdade (*fairness*) do Estado e o diálogo entre as partes. Trata-se, assim, de um direito diferente do Direito Administrativo autoritário tradicional, esotérico, do comando e da disciplina hierárquica, como já salientado por ANDRÉ HAURIUO.

44. Por outro lado, no mundo inteiro, a preparação das privatizações foi precedida pelas criações ou reestruturações de empresas públicas ou de sociedades de economia mista, através de cisões, aportes de ativos e fusões, que são operações regidas pelo Direito Comercial, especialmente o Direito Societário, que completa, no caso, o Direito Administrativo nesta matéria.

³⁰ A respeito das parcerias na administração brasileira, consulte-se MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*, São Paulo, Atlas, 1996, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, "O Sistema de Parceria entre os Setores Público e Privado", in *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 2, pp. 75-81, fev. 1997, FÁBIO GIUSTO MOROLLI, "A Evolução do Direito Público e a Parceria com a Iniciativa Privada", in *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 10, pp. 636-645, out. 1998; SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, "A Parceria no Direito Público da Atualidade", in ÍVES GANDRA DA SILVA MARTINS (COORD.), *Direito Contemporâneo*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 273-284.

³¹ Defendemos o ressurgimento da concessão como forma de parceria desde a década de 1980 em estudo que chegou a ser considerado como constituindo uma "contribuição histórica" (ALICE GONZALEZ BORGES, "O Ressurgimento das Concessões de Serviços Públicos e a Ecloração de Novas Formas de Contratos Administrativos", in CERDÔNIO QUADROS (ORG.), *Nova Dimensão do Direito Administrativo*, São Paulo, NDJ, 1997, p. 10).

45. Pode se dizer que houve uma democratização do Direito Administrativo, que acabou por englobar as técnicas do Direito Societário para atingir o objetivo de privatizar as empresas nas melhores condições possíveis. O interesse geral da Administração, ademais, não foi interpretado da mesma maneira em todos os países. Procura-se, muitas vezes, durante uma privatização, superar as contradições entre a preocupação em fixar o melhor preço para o Estado vendedor e o desejo de instaurar uma concorrência eficaz, ou ainda, de proteger os interesses nacionais através da "golden share", ou meios de defesa contra as ofertas públicas hostis. O legislador, às vezes, por ocasião das privatizações, aspira criar ou desenvolver um mercado de capitais, caracterizado pela existência de numerosos pequenos acionistas e de pulverizar as ações. Finalmente, para certos serviços públicos, pretende-se garantir a realização de importantes investimentos, para manter a continuidade e o desenvolvimento das empresas, a fim de que os usuários se beneficiem das prestações regulares e de boa qualidade. Em outros casos, a preocupação maior é com a modicidade das tarifas.

46. Todos esses fatores fizeram da privatização um processo complexo no qual, ao lado do Direito Administrativo e do Societário, o Direito da Concorrência e os princípios constitucionais intervêm para regular, também, as relações econômicas, sociais e políticas.

47. Essa experiência modificou, num certo sentido, o Direito Administrativo, que já se encontrava em plena evolução, dando-lhe uma nova definição. Por um lado, a Administração se torna mais responsável, mesmo nos países anglo-saxões, onde dominava, antigamente, o princípio segundo o qual "the King cannot be wrong" e nos quais prevalece, hoje, o princípio da *accountability*, que corresponde à obrigação de prestar contas, tanto sob o aspecto financeiro quanto de desempenho. O antigo poder discricionário foi corrigido pela lealdade de conduta que é exigida dos servidores públicos e dos administradores privados.

48. De outro lado, a Administração renuncia aos seus privilégios e se submete às regras de Direito Civil e Comercial, em matéria de contratos internacionais ou nacionais. Certos autores consideram até que é o momento de se fazer um *requiem* do contrato administrativo ³², embora não seja essa a nossa visão.

49. Na fase posterior à privatização, o Direito Administrativo é substancialmente modificado, em razão do poder normativo de Agências Reguladoras Independentes. Estamos, assim, diante de uma matéria nova, que se aproxima do Direito Econômico, clamando por sua autonomia. A doutrina discute, principalmente, a terminologia, mas o direito da regulação tem regras próprias aplicadas por um órgão dotado de poderes executivos, quase Legislativo e quase Judiciário, que, em certo sentido, representa melhor a sociedade em geral do que o próprio Estado.

³² MARIA JOÃO ESTORNINHO, *Requiem pelo contrato administrativo*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

50. Não se trata mais da aplicação pura e simples do Direito Administrativo, mas da criação de um novo ramo do Direito sobre a regulação, que aspira a uma autonomia e cujo estudo foi recentemente desenvolvido pela doutrina francesa, especialmente por MARIE-ANNE FRISON ROCHE ³³.

51. É um direito muito ligado à Economia, que foi desenvolvido pelos mercados e que exerce uma grande influência sobre estes dois campos. A complexidade e a sofisticação crescentes da sociedade conduziram a uma especialização, dir-se-ia mesmo uma reestruturação do Direito, definindo novos ramos, diminuindo um pouco o rigor e a divisão tradicional entre o Direito Privado e Direito Público, apesar da sua manutenção em razão de seu valor didático.

52. O desenvolvimento da economia e dos mercados suscitaram soluções que conduziram ao reexame do direito que lhes é aplicável. O direito dos serviços públicos privatizados é, pois, um Direito Administrativo especial, que apresenta várias particularidades e que se aplica de um modo relativamente uniforme a todos os serviços públicos sujeitos à regulação, sejam ou não explorados por pessoas privadas sob a forma de serviços delegados.

53. Numa época em que se discute as conseqüências da globalização e do neo-liberalismo, os juristas devem conciliar a eficácia dos mercados e, por outro lado, a Justiça e a equidade. Pode-se dizer que, talvez, seja necessário ultrapassar a antiga oposição entre o Estado e o mercado, para definir um novo equilíbrio entre os mercados e o Direito. ALAIN MINC escreveu recentemente que

“O mercado sem o Direito é a selva (...). A regra sem o mercado, é a imobilidade” ³⁴.

54. Quando o Estado não tem mais recursos necessários para ser onipresente e as necessidades sociais são cada vez mais prementes, a parceria se impõe em todas as atividades nas quais o Poder Público não tenha função vinculada à soberania. As diversas formas de parceria permitem desenvolver a captação de recursos privados e o desenvolvimento de novas tecnologias no interesse geral. Mas, para que este sistema funcione, é preciso um Direito da Regulação que possa garantir a exploração do serviço no interesse geral.

55. Numa nova economia ou numa economia tradicional alterada pelas mais modernas tecnologias e pelo *new management*, o Direito Administrativo deve abranger as delegações dos serviços públicos, quer dizer dos setores onde o Estado, que, antes, era simultaneamente operador e regulador, e que passa

³³ MARIE-ANNE FRISON ROCHE, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1996.

³⁴ ALAIN MINC, www.capitalisme.fr. Paris, Bernard Grasset, 2000, pp. 54 *in fine* e 55.

agora a ser simples regulador. Trata-se de um Direito Administrativo transparente e flexível, democrático e participativo, conciliando os interesses do Estado, das empresas e dos usuários. É a condição para poder submeter a economia à ética, o que constitui a missão primordial do Direito.

SP. 30.09.2002

Sumário

I. Introdução

II. Incongruências

- 2.1. Situação do menor;
- 2.2. Momento de extinção da personalidade jurídica;
- 2.3. Inalienabilidade do nome empresarial;
- 2.4. Pessoa jurídica como órgão administrado;
- 2.5. Sociedade entre cônjuges;
- 2.6. Teoria atual para o estatuto;
- 2.7. Aval parcial e endosso;
- 2.8. Parte geral dos títulos de crédito e os títulos virtuais.

1: Introdução

Este é o primeiro documento após a Lei nº 10.406, de 10 de março de 2002 que trata os operadores do direito, em grande parte conhecidos como o "Novo Código Civil", sendo certo que nenhuma alteração foi feita antes e planejando-se, via de regra, janeiro de 2003.

Este diploma legal, apesar de "novo", embora reconheça várias inovações, é a primeira parte da Lei nº 747/1890 (Código Comercial).

Não há dúvida de que, em parte, ainda vale a Lei nº 10.406 quanto à falta de validade e capacidade jurídica do Poder Legislativo, logo que os grupos e vários movimentos, e começar pelo fato de o Direito empresarial, em regra, parte para o âmbito do Código Civil. Isso que a legislação posterior a partir publicação do direito privado? Qual a finalidade deste diploma? Será que para o Brasil, fazendo valer a teoria da empresa, deveria esta estar disciplinada no Código Civil? Não seria melhor uma reforma total do Código Comercial do século XIX?

Bom, certo é que o "Novo Código Civil" deixa de enfrentar algumas questões jurídicas fundamentais no âmbito da pessoa e da vida jurídica e, ao mesmo tempo,

¹ ARNOLDO WALD é Advogado, sócio fundador de Wald & Associados, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da UERJ, Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia.