

O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia

Jens-Peter Schneider

Atividade econômica do Estado. Empresas estatais. Direito europeu. A) Observações preliminares sobre os fenômenos e o conceito do Estado como sujeito econômico - B) Funções da atividade econômica do Estado e a função instrumental das empresas estatais - C) Sobre o ponto do debate sobre os limites da exploração de atividades econômicas pelo Estado - D) Influências mútuas entre atividade econômica estatal e supervisão da economia

No ideal liberal, a economia é ordenada apenas pela esfera empresarial, não-estatal, e confiada ao fomento da mão invisível da concorrência entre os agentes privados. Na realidade, o Estado, sem dúvidas, aparece muitas vezes como sujeito econômico e interfere no curso espontâneo do mercado, regulando ou fomentando a economia. Tendo-se ambos os aspectos em vista, adquire a clássica pergunta da admissibilidade da atuação econômica do Estado em relação aos concorrentes privados um segundo complexo de questionamentos. Tal complexo relaciona-se (1) às possibilidades de atuação dos empresários estatais em suas empresas, bem como (2) aos efeitos positivos ou negativos da substituição de atividades empresariais por regulatórias do Estado. Por fim, tem-se o conflito entre os papéis do Estado de sujeito econômico e agente direcionador da economia.

A) Observações preliminares sobre os fenômenos e o conceito do Estado como sujeito econômico

A formulação do Estado como sujeito econômico remete ao problema do contexto no qual é normalmente discutido o conceito da atividade econômica do Estado.¹ Com tal problema, são ordenados conseqüentemente os distintos agentes administrativos do Estado, nominalmente, Federação, Estados Federados, Municípios,² ³ bem como específicas pessoas jurídicas de direito público. O conceito de atividade econômica é, em oposição a todo resto, o que se deve encontrar.

Uma descrição legal encontra-se em determinadas legislações municipais. Um exemplo pode ser verificado no §107 I 2 da Legislação Municipal de Nordrhein-Westfalen, a qual permite uma atuação no mercado como produtor, prestador de serviços ou distribuidor de bens ou serviços e ademais exige que a exploração de tais atividades também possa ser realizada por agentes privados com escopo de lucro.⁴

No entanto, firmou-se a visão de que a exploração de atividades econômicas não se trata de uma pretensão de lucro realizada ou objetivada do respectivo administrador, mas sim de uma visão hipotética de pretensão de lucro de um particular que explorasse a mesma atividade.⁵ Paulatinamente, foi determinado que a atuação econômica do Estado não poderia substancialmente transformar-se na atuação econômica dos particulares que necessariamente almeja o lucro. Prestações sociais específicas não seriam, portanto, atividades econômicas, mesmo quando prestações semelhantes fossem fartamente e indistintamente oferecidas para outros por particulares.⁶

Por tudo isso, deve-se atentar que a valoração, se a forma de determinada prestação transforma-se de atividade econômica para atividade social, caso ela seja explorada por particulares com pretensão de lucro, depende de condições empresariais, que podem variar em função da época ou

do local.⁷ O conceito jurídico de atividade econômica deve ser compreendido, portanto, como um conceito dinâmico. Divergências geográficas aparecem sensivelmente na muito distinta divisão entre público e privado nas ordens social e econômica nos Estados Unidos da América e na Europa continental. Mas também varia com o decorrer do tempo a valoração de prestações específicas de empresas estatais⁸ como formas de aparição do Estado como sujeito econômico. Isto significa, atualmente, a privatização de atividades, a crítica de atividades e a economia de prestações públicas especialmente evidentes.⁹ Como demonstra uma visão da história da economia, o desenvolvimento não consta de uma via de mão única, mas sim percorre movimentos pendulares entre posições estatizantes e liberais.¹⁰

Com relação ao surgimento das empresas estatais, são distintas na Alemanha sete fases ou correntes de fundamentação.¹¹ A sétima, e a seu tempo mais marcante, encontra-se inserida no contexto dos esforços para a reforma administrativa nos moldes do novo modelo de direção ou *New Public Management*.¹² Por meio da figura de descentralização de centros de responsabilidade, assim como na forma de novas empresas estatais e do fomento da concorrência nas administrações interna e externa e também nos mercados gerais devem ser esgotadas as reservas de eficiência da Administração Pública. Por serem essas medidas de racionalização freqüentemente asseguradas com garantias de ocupação, ao contrário da representação de pessoal, verifica-se a existência de vantagens em procurar novos e mais lucrativos campos de atuação com capacidades liberadas. Como resultado, esse mecanismo leva a acirrar as situações de concorrência com a iniciativa privada. Outras vantagens atuais para esforços de expansão resultam da sempre considerável distância entre o aparelhamento financeiro e as obrigações dos municípios, bem como a liberalização de indústrias de fornecimento outrora monopolísticas. Especialmente no setor de energia elétrica encontram-se as empresas municipais na desconhecida pressão pela concorrência com o risco de perderem clientes em razão dos desproporcionais custos fixos ou por conta das coberturas de longo prazo.¹³ Neste ponto, reagem os detentores públicos de participações societárias ou com um aumento territorial ou material da atividade econômica, ou em regresso com a venda total ou parcial de suas participações societárias nas empresas. Deve-se atentar não apenas para as tendências de expansão do Estado, mas também para os concorrentes processos de privatização. Após a Federação, na década de 80, ter empreendido grandes processos de privatização, são visíveis também em Estados e Municípios iniciativas correspondentes para a venda de participações públicas em empresas.¹⁴

O atual significado das empresas estatais para toda a economia pode ser estimado apenas aproximadamente em razão de infrutíferas coletas de dados, já que as estatísticas oficiais abrangem ainda apenas expressões sobre o território das empresas estatais.¹⁵

B) Funções da atividade econômica do Estado e a função instrumental das empresas estatais

A discussão sobre as funções da atividade econômica do Estado é conduzida antes de tudo pela análise das empresas estatais e engloba a teoria da instrumentalidade.¹⁶ Segundo tal teoria, as empresas estatais são instrumentos a serviço do Estado para o cumprimento de atividades ou finalidades. Por tal teoria, são diferenciados o objetivo formal de otimização da economicidade e os

indivisíveis objetivos materiais relacionados às atividades públicas.¹⁷

Não existe um sistema de objetivos válido e inquestionável para as empresas estatais. Muitas noções de finalidades públicas completamente divergentes e contraditórias são encontradas na doutrina.¹⁸ Isso pode ser esclarecido por meio de uma análise do desenvolvimento das empresas estatais na Alemanha, que é caracterizado por distintos períodos históricos cada qual com fundamentações próprias para a exploração de atividades econômicas pelo Estado.¹⁹ Em comparação com diversas outras nações, as empresas estatais na Alemanha formam um setor sem unidade política e sem teoria científica e, portanto, sem unidade quanto ao estabelecimento das finalidades. Mais do que isso, as empresas estatais alemãs formam um conglomerado historicamente escorrido com camadas de sedimentos e decisões isoladas historicamente pragmáticas.²⁰ Dessa forma, as empresas estatais alemãs esclarecem também a notável simultaneidade atual de correntes distintas como a privatização e a expansão.

Uma sistematização correta é sempre possível, quando se considera a apresentação híbrida da economia pública entre a exploração privada de atividades econômicas e a clássica administração burocrática.²¹ Em contraposição à economia dos agentes privados, fundamenta-se a exploração de atividades econômicas pelo Estado, em geral, com uma forma de negação do mercado. As vantagens das empresas estatais em relação à clássica Administração Pública devem constar de um aumento do mercado, de maior flexibilidade, de aumento da responsabilidade individual, de uma redução da burocratização, bem como de uma liberação orçamentária. Especialmente com relação à negação do mercado, deve-se ressaltar que se consideram frequentemente decisões políticas por trás dessas figuras argumentativas, uma vez que os mercados quase sempre acusam déficits e as procuras econômicas pela relevância de um déficit do mercado divergem e estão sujeitas a alterações temporais. Atualmente, a recente discussão sobre privatização, liberação e a equivalência funcional entre prestação de atividades diretamente pelo Estado e a regulação garantidora da prestação de tais atividades por particulares comprovam essa teoria.²²

O significado decisivo da comparação de funções entre a instrumentalização das empresas estatais e a regulação de privados em setores da economia contrapõe-se às possibilidades e às limitações da instrumentalização concreta. Os resultados do debate relativo a esta questão são, todavia, consideravelmente moderados.²³ Desta forma, são acentuados, a partir de uma perspectiva econômica, os déficits de fato e de direito do controle das empresas estatais por seus empresários públicos. Para que o controle seja possível, é necessária uma definição mais concreta das finalidades públicas das empresas estatais.²⁴ O estabelecimento das finalidades deve fornecer os fundamentos para um controle público participativo como um instrumento de informação e direção das atividades das empresas estatais.²⁵ Essas medidas encontram na prática pouca ressonância. Muitas vezes, seria permitido que o caráter majoritariamente multidimensional das atividades transferidas às empresas estabelecesse de fato um limite para um alcance de finalidade operacional, mas também flexível. De toda forma, assegura-se para a maior parte das empresas estatais uma zona de autonomia para parcela considerável de suas atividades que advém de disposições do direito societário privado, as quais também não podem ser ignoradas por meio da aplicação do direito econômico municipal.²⁶ Isto vigora de forma mais contundente nas sociedades de economia mista, nas quais os empresários privados dispõem de um poder de veto contra

instrumentalização pública da empresa em face do objetivo formal de lucratividade.²⁷

C) Sobre o ponto do debate sobre os limites da exploração de atividades econômicas pelo Estado

I Disposições gerais do direito europeu sobre a exploração de atividades econômicas pelos Estados-Membros

1 O art. 86 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia e o Princípio do Tratamento Isonômico

O direito comunitário europeu não contém qualquer vedação à exploração de atividades econômicas pelos Estados-Membros ou por empresas estatais. Fundamentalmente, vige o Princípio do Tratamento Isonômico com os sujeitos econômicos privados. O ponto de partida para qualquer análise é o art. 86 I do Tratado de Constituição Comunidade Européia. O dispositivo obriga aos Estados-Membros, na relação entre empresas estatais²⁸ e demais empresas às quais os Estados-Membros confirmam direitos especiais exclusivos,²⁹ não adotar, nem manter, medidas contrárias ao tratado, em especial com relação ao disposto nos artigos 12 e 81 a 89.

O art. 86 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia expressa, na qualidade de referência a todo o conteúdo do tratado, que as normas concorrenciais européias também serão aplicáveis às empresas estatais ligadas economicamente aos Estados-Membros.³⁰ Por meio disso deve ser alcançado o tratamento isonômico entre os Estados-Membros com uma ordem econômica estatizante e os Estados-Membros que perseguem seus interesses públicos com medidas estatais, também sem possibilidades de influência sobre sua economia e que, por isso, são medidos por suas relações com as liberdades européias fundamentais.³¹ Concretamente, de acordo com a Decisão Corbeau do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, os Estados-Membros não podem tomar medidas legais com relação a estas empresas que possam anular a eficácia prática das regras do Tratado. Por princípio, com base nesses preceitos, não é lícito especialmente aos Estados-Membros uma monopolização desnecessária de mercados,³² assim como a concessão de subsídios³³ que criem mecanismos falsos de concorrência em favor de suas empresas estatais.

Com esses preceitos, também deve ser levado em conta que é reconhecida a competência dos Estados-Membros para constituir empresas públicas como instrumento de concretização de finalidades estatais, contanto que tais empresas não gozem de vantagens que não se coadunem com o Tratado de Constituição da Comunidade Européia apenas em função de seu controle ser detido por entidade pública.³⁴ Por outro lado, o Tratado não estabelece de forma positivada condições materiais para a constituição de empresas estatais. Na medida em que exigido pela exploração de atividades econômicas de interesse coletivo pelas empresas estatais, até exceções a regras concorrenciais previstas no Tratado de Constituição da Comunidade Européia são permitidas, como se pode depreender do art. 86 II de tal tratado, a ser discutido a seguir. Da mesma forma, referida regra vale também para sujeitos econômicos privados exploradoras de tais atividades de interesse coletivo, de acordo com o princípio do tratamento isonômico.

2 Direitos e encargos de formação relativos à exploração de atividades de interesse coletivo de acordo com o art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia

O Tratado de Constituição da Comunidade Européia não contém apenas as hipóteses de controle de subsídios e monopólios, mas por meio do art. 86 II de referido tratado há uma norma que respeita os interesses dos Estados-Membros com relação à exploração de atividades de interesse coletivo³⁵ e tenta compatibilizá-los com os interesses da comunidade. Este preceito relacionado a empresas tem validade no art. 86 I do tratado também para a ação dos Estados-Membros com relação às empresas encarregadas de explorar atividades de interesse coletivo. Materialmente, ele reconhece de um lado o direito dos Estados-Membros de estabelecer a exploração de atividades de interesse coletivo, ao passo que, por outro lado, só permite conflitos com o tratado como um todo e com as regras de concorrência em particular, na medida em que não haja prejuízo de fato ou de direito para a exploração de atividades econômicas de interesse coletivo e o livre comércio não seja prejudicado em uma medida contrária ao interesse da comunidade.

O art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia concilia as determinações ambivalentes da constituição econômica multidimensional. É que esta não é, em hipótese alguma, orientada exclusivamente para a constituição de uma ordem de concorrência européia (art. 3 I alínea "g" do Tratado de Constituição da Comunidade Européia), contendo também princípios opostos a tal concepção.³⁶ A produção de sistema de livre concorrência constitui apenas uma das muitas atividades da Comunidade Européia (artigos 3 e 4 do Tratado de Constituição da Comunidade Européia) e é, como todos campos políticos da comunidade, moldada adicionalmente pelo rol de metas previstas no art. 2 do Tratado de Constituição da Comunidade Européia. Outros desenvolvimentos do compromisso entre os Estados-Membros com uma tradição político-econômica liberal e os com uma tradição político-econômica estatizante estão previstos no art. 295 do Tratado de Constituição da Comunidade Européia, que versa sobre a subsistência de sistemas de propriedade de Estados-Membros, e não menos importante nas regulamentações do art. 86 de referido tratado sobre empresas estatais que exploram atividades econômicas de interesse coletivo.³⁷ Seu significado para o fomento à união social e à união territorial é destacado adicionalmente no art. 16, introduzido no Tratado de Constituição da Comunidade Européia por meio do Tratado de Amsterdã.³⁸

As consideráveis relativizações do pensamento de concorrência depois de tudo isso mantêm-se em suas conseqüências concretas sem regulamentação no Tratado de Constituição da Comunidade Européia³⁹ e carecem por isso de regulamentação por meio dos órgãos da Comunidade Européia ou dos Estados-Membros. Até agora, as autorizações específicas para o aperfeiçoamento das regras vigentes para os agentes foram discutidas apenas em linhas gerais na doutrina. Elas podem, no entanto, ser comprovadas como conceito básico dogmático para o art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e, em especial, nas decisões sobre os monopólios do setor energético de outubro de 1997.⁴⁰

Até então, a interpretação dogmática predominante deste regulamento orientava-se mais no exame da proporcionalidade. Em parte, foi concedida aos estados-membros uma ampla prerrogativa de julgamento do limite de ordenação adequado para a execução das atividades de interesse coletivo por eles almejadas, a qual deve ser valorizada em vista de outras bases de competência não apenas pelo Tribunal de Justiça Europeu, mas também pela Comissão Européia em diretrizes expedidas com fundamento no art. 86 III do Tratado de Constituição da Comunidade Européia e pelo parlamento e pelo conselho em diretrizes em vista de outras bases de

competência.⁴¹ Como as sentenças sobre o monopólio de comércio de energia mostram com clareza, o art. 86 do Tratado de Constituição da Comunidade Européia tem, todavia, como base uma estrutura mais complexa, que permite, respectivamente, prever margens de formatação dos agentes europeus oriundos dos Estados-Membros diferenciadas e que se influenciam mutuamente no equilíbrio de elos públicos e regras de concorrência e das liberdades fundamentais da Comunidade Européia.

Em primeiro lugar, o art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia permite aos Estados-Membros um direito de definição com relação à exploração de atividades de interesse coletivo por eles consideradas necessárias no âmbito de sua política estatal,⁴² as quais são submetidas apenas a um controle de representatividade.⁴³ Além das exigências formais ao ato de concessão correspondente,⁴⁴ é necessária, no que se refere às atividades econômicas de interesse coletivo, a dimensão concreta da tarefa relevante. Sobre isso, o Tribunal de Justiça Europeu determinou há pouco tempo que obrigações de uma empresa encarregada de atividades de interesse econômico geral só podem ser parte da tarefa especial transferida, "se tais compromissos são correlacionados com a meta da prestação de serviço correspondente de interesse econômico geral e devem contribuir diretamente para a realização desses interesses".⁴⁵ A existência e a amplitude de uma delegação de atividades de interesse coletivo por um Estado-Membro são examinadas de forma detalhada pelo Tribunal de Justiça Europeu. A descrição do encargo é tarefa do Estado-Membro.

A prova que se segue, se (1) a aplicação de regras de concorrência ou liberdades fundamentais impede a prestação de serviços de interesse coletivo de fato ou de direito e se (2) sua não-aplicação prejudica o livre trânsito comercial em uma medida que contrarie o interesse da comunidade, depende por um lado dos dados e desenvolvimentos de fato e pode por outro lado ser influenciada por órgãos europeus no caminho da formatação do direito secundário aplicável ao setor atingido.

É significativo que o tribunal europeu almeje o equilíbrio entre os interesses comunitários e os dos Estados-Membros menos por meio de exigências e posicionamentos de conteúdos próprios do que por meio da imposição de encargos de estabelecimento de medidas para os Estados-Membros e órgãos europeus, os quais ele transforma processualmente em ônus de comprovação e explicação. De acordo com isso, é basicamente tarefa do Estado-Membro comprovar a necessidade da exploração de atividades econômicas. Caso uma ameaça do cumprimento das finalidades pública seja conhecida, ou pelo menos evidente, no caso da mera proibição do status especial e caso não surja imediatamente uma alternativa,⁴⁶ é tarefa da Comissão Européia em processos de desrespeito do Tratado apresentar uma alternativa nos procedimentos iniciais que possibilite o cumprimento continuado da prestação de serviços de interesse coletivo definida pelo Estado-Membro. O Tribunal não considera o Estado-Membro obrigado a provar positivamente que exista tal hipótese, nem se vê instado a avaliar dados econômicos, financeiros e sociais complexos com base apenas em observações gerais.⁴⁷

Caso a Comunidade queira atingir em contextos econômicos complexos uma abertura de mercado ou a extinção de benefícios que possam criar uma falsa concorrência com as empresas públicas, ela tem que desenvolver um conceito geral, de forma ideal, por meio de normas que compõem o

direito secundário. Autorizados para o estabelecimento de medidas exigido são a Comissão Europeia de acordo com o art. 86 III do Tratado de Constituição da Comunidade Europeia⁴⁸ ou o Conselho de Ministros e o Parlamento Europeu, de acordo com as competências gerais.⁴⁹ Um exemplo disso é a Diretiva de Alteração nº 2000/52/EG, de 26 de julho de 2000, sobre a diretiva europeia de transparência, com a qual a Comissão tenta obter, por meio de maior transparência das relações financeiras entre o Estado e suas empresas, melhores informações sobre a avaliação da problemática dos subsídios concedidos a tais empresas.⁵⁰ Aqui não há espaço para uma avaliação conclusiva da diretiva alterada. Entretanto, talvez se devesse questionar em que medida a economia da prestação de serviços de interesse coletivo é estimulada por meio desse conceito. Além disso, deve-se discutir se a pressuposta separação estrita entre a prestação de serviços de interesse coletivo e atividades privadas é possível e em qual medida o seria.⁵¹

II Disposições constitucionais aplicáveis à exploração de atividades econômicas pelo poder público

Com relação às disposições constitucionais, deve-se recordar, em primeiro lugar, que pelo menos a Norma Fundamental toma uma posição basicamente neutra em termos de política econômica, não podendo o Princípio da Subsidiariedade ser depreendido dela no sentido de uma prevalência da exploração de atividades econômicas por agentes privados.⁵² Com relação ao direito constitucional, são decisivas as normas de caráter individual concretas sobre os direitos fundamentais ou as limitações de competências dos entes públicos.

Ao contrário de um ponto de vista trazido ao debate repetidamente, a doutrina do direito do estado sobre a indução de condutas econômicas também não oferece nenhum critério de verificação. Originalmente, este princípio era uma categoria sociológica puramente descritiva. Só lhe é dado significado normativo na medida em que se encontrem disposições constitucionais específicas, notadamente nas normas constitucionais de caráter financeiro.⁵³ Todavia, não há qualquer disposição que se aplique à relação entre a atuação indutora do Estado na economia e os lucros oriundos da exploração de atividade econômica pelo Estado.⁵⁴ As discussões relativas à repartição de competências têm como objeto, sobretudo, a exploração de atividades econômicas pelos Municípios e são abordadas nas determinações de direito municipal.⁵⁵

Os elementos centrais da discussão no âmbito do direito constitucional são, conseqüentemente, os direitos fundamentais, sobretudo o direito de liberdade de profissão, que possui um significado especial de acordo com o item 1 do art. 12 da Constituição Alemã.⁵⁶ Em 1995, o Tribunal Administrativo Federal alemão confirmou neste ponto sua jurisprudência, afirmando que "o ingresso do Estado [...] como concorrente contém no princípio apenas um agravamento imanente do sistema da pressão da concorrência da economia de mercado (decisões do tribunal constitucional federal 71, 183,193); o item 1 do art. 12 da Constituição Alemã não protege de tal agravamento, na medida em que por meio dela a concorrência privada não seja impossibilitada (decisões do tribunal constitucional federal 39, 329, 336)".⁵⁷

Correspondentemente, na doutrina há referências em oposição crítica a esta jurisprudência e ao desenvolvimento contínuo do dogmatismo intervencionista em grande parte nos termos do art. 12 da Constituição Alemã. De acordo com isso, medidas aplicáveis diretamente às atividades

profissionais não podem prejudicar nem mesmo imediatamente o âmbito de proteção do art. 12 de modo relevante constitucionalmente por causa de efeitos de fato perceptíveis. Todavia, é uma condição que haja uma correlação evidente entre o exercício de uma profissão e que uma tendência objetivamente reguladora da profissão seja reconhecível.⁵⁸ Isso não é sempre considerado suficientemente no debate em torno da aplicabilidade do direito fundamental à exploração de uma atividade econômica pelo Estado, quando a qualidade de intervenção de concorrência estatal é feita dependente simplesmente da percepção de um prejuízo.⁵⁹ Não são suficientes mudanças apenas desvantajosas das condições econômicas gerais de um exercício profissional.⁶⁰ Com outras palavras, faz-se necessária uma aptidão para direcionamento da ação estatal. Portanto, a restrição legal de direito fundamental já não é resgatada através do ato de Estado de relevância para a concorrência.⁶¹

Com relação à exploração de atividade econômica pelo Estado, isso significa que esta não desenvolve qualquer relevância ao direito fundamental em uma simples situação de concorrência. Isso só se altera diante de uma aptidão para direcionamento da atividade estatal, que pode estar disponível sobretudo em três variantes. Uma variante é o direcionamento através de relevância quantitativa. Aqui estão abrangidas as situações usualmente abordadas de uma monopolização de mercados e extinção de atividade profissional. Com certeza, a medida necessária exata da relevância quantitativa é discutível.⁶² Somente se poderá falar de um direcionamento relevante profissionalmente a partir de uma dominação preponderante de mercado por parte do Estado.

Adicionalmente, ocorre uma relevância qualitativa, que está ligada à função instrumental de empresas públicas. Entretanto, ainda não está disponível um direcionamento regulador de profissões no caso normal do alcance de finalidades públicas diretamente através das atividades de uma empresa estatal. Pelo contrário, a empresa estatal deve ser utilizada para o direcionamento indireto do comportamento das outras empresas privadas. Isso está mais ou menos ancorado no conceito da diversificação estrutural por ocasião da ordem dual de telecomunicações, quando as instituições de telecomunicações de direito público são declaradas como o contraforte não-comercial dos realizadores privados, que, como obstáculo de concorrência dos meios de comunicação, devem servir à abrangente garantia de qualidade, oferecendo estímulos garantidores de qualidade através de atuação também modelar para o apoio privado.⁶³ Entretanto, tais efeitos de direcionamento só poderão ser comprovados em situações raras. Talvez se pudesse pensar em situações, nas quais empresas estatais controlem instalações essenciais para o ingresso no mercado de empresas privadas (por exemplo, redes de suporte de energia elétrica e telecomunicações) e aproveitem disto para influenciar a ação das outras empresas.

Por fim, existe uma tendência reguladora de profissões de ação administrativa, quando um ocupante da administração dá vantagens específicas na luta da concorrência para suas empresas. Talvez se pudesse pensar em seção de vantagens em concorrências, medidas publicitárias públicas como em fusões de ação soberana e atividades econômicas ligadas a isso.⁶⁴

Complementarmente, deve-se chamar a atenção para que uma atividade econômica neste sentido reguladora de profissão por parte do Estado também pode ser justificada pelo direito constitucional, na medida em que as exigências necessárias à satisfação do interesse público justificador subam com a intensidade de intervenção. Uma concorrência estatal de repressão contra grupos

profissionais inteiros corresponderia em grande parte a uma proibição soberana de exercício profissional e necessitaria de uma legitimação comparável.⁶⁵

III Disposições do direito administrativo relativas à exploração de atividades econômicas pelo Estado e sua relação com o direito concorrencial privado

As disposições de direito administrativo relativas à exploração de atividades econômicas pelo Estado encontram-se apenas isoladamente. Exigem atenção especialmente as linhas mestras contidas na legislação orçamentária.⁶⁶ As linhas mestras do direito financeiro municipal são as mais diferenciadas e, por isso, devem ser tratadas apenas a título de exemplo neste estudo.

1 As limitações do direito municipal para a exploração de atividades econômicas

O modelo básico do direito econômico municipal é composto pela tríade de barreiras previstas no §67 do Regulamento de 1935. Via de regra, ela só encontra aplicação no registro inicial ou na ampliação substancial de uma atividade econômica. Conseqüentemente, em caso de enrijecimento dos critérios legais, gozam as empresas estatais existentes de proteção para sua existência. Apenas isoladamente prevê a legislação municipal uma crítica de atividades constante com base na tríade de barreiras do Regulamento Municipal de 1935. Além disso, com relação à área de utilização, são importantes as linhas mestras do Regulamento Municipal de 1935, nas quais determinadas instituições são consideradas como não exploradoras de atividades econômicas,⁶⁷ de modo que os pressupostos de autorização discutidos a seguir não sejam considerados, ao menos em princípio.⁶⁸

A tríade exige a justificativa por meio de uma finalidade pública,⁶⁹ uma prova com relação aos aspectos capacidade de produção e necessidade, assim como a consideração da subsidiariedade de atuação econômica municipal com relação aos agentes econômicos privados. Em especial, o aspecto da subsidiariedade está previsto diversamente nas leis municipais. Em parte, ele não era ou é elemento componente exposto dos pressupostos de autorização.⁷⁰ Pelo contrário, também encontram-se enrijecimentos⁷¹ graduais diante da fórmula usual, constante da impossibilidade de a meta ser atingida através de outro modo melhor e mais econômico.⁷² Como quarto aspecto, soma-se a limitação geográfica da atividade econômica de municípios. Observe-se detalhadamente:

Em primeiro lugar, deve-se chamar a atenção para o fato de que é garantida aos órgãos municipais de representação uma prerrogativa de avaliação a ser respeitada pelo conselho municipal e pelos tribunais, especialmente com relação ao estabelecimento das finalidades públicas e à obrigatoriedade de subsidiariedade. Por exemplo, caso o município esclareça plausivelmente com base em uma matéria investigada por completo e partindo de uma compreensão correta da norma a ser utilizada, que e porque sua própria produtividade é melhor ou mais rentável, os tribunais e terceiros concorrentes têm que aceitar isso. Na dependência do significado do termo finalidade pública em questão, merece consideração especial a garantia de sustentabilidade, portanto, durabilidade e confiabilidade de alcance de rendimento privado, isto é, da tarefa pública total. Aos tribunais resta o exame da observação das linhas mestras previstas em lei por parte dos Municípios.⁷³

Algo comparável vale para a ação econômica municipal com relação ao estabelecimento de

finalidades públicas como condição da autorização central para a exploração de atividades econômicas. Legalmente, as metas autorizadas não são definidas com mais exatidão e devem, sim, ser fixadas pelos órgãos municipais. Juridicamente, eles estão vinculados, na medida em que o estabelecimento das finalidades públicas que têm que ser perseguidas seja estabelecido pela necessidade do bem-estar comum dos habitantes da comunidade. Também aqui é garantido aos tribunais um espaço de julgamento, porque a definição de bem-estar comum depende fortemente das condições locais variáveis com o passar do tempo, de possibilidades financeiras do município e de necessidades dos habitantes.⁷⁴ Todavia, uma mera intenção de obtenção de lucro é argumento insuficiente, ao contrário de uma opinião no contexto do debate⁷⁵ sobre a nova administração pública. Ao contrário, a rentabilidade da empresa tem que servir ao bem-estar dos cidadãos da comunidade por si e diretamente, portanto não apenas por meio da utilização do lucro da empresa. Dificuldades financeiras por causa de uma sobrecarga de tarefas ordenada legalmente podem, em casos extremos, justificar reivindicações contra o Estado de uma redução normativa de deveres ou atribuições elevadas de verbas no contexto da compensação financeira municipal. Entretanto, elas não justificam uma atividade profissional pura de municípios.⁷⁶

Destes princípios não resulta, claramente, um vínculo legal especialmente drástico. Por isso, ocasionalmente é proposto um detalhamento da fixação de finalidades públicas, talvez por meio de catálogos positivados com o significado de exemplos de regras.⁷⁷ Entretanto, com relação à enorme gama de possibilidades de estabelecimento de finalidades potencialmente legítimas e às experiências no delineamento das instituições não-econômicas,⁷⁸ deve ser difícil organizar catálogos de finalidades úteis, que não contenham simplesmente fixações de metas muito genéricas.⁷⁹ Além disso, diante da garantia constitucional de autonomia, não se pode restringir em demasia o campo de liberdade de atuação dos municípios.

Uma abordagem procedimental apresentada especialmente por Hill de acordo com o modelo do processo de expressão de interesses⁸⁰ nos termos do §7º II 2 do Regulamento Orçamentário Federal é mais aberta para o futuro ao mesmo tempo em que acentua mais a responsabilidade municipal própria. Uma regulamentação que vai nesta direção encontra-se na legislação municipal do Estado de Nordrhein-Westfalen.⁸¹ O esclarecimento de circunstâncias como base para a decisão dos conselhos municipais poderia ser combinado com um compromisso intensificado pela concretização da finalidade pública perseguida pelo município. Diferentemente do que consta dos catálogos legais, aqui a responsabilidade precedente fica com o município. Sua implementação é exigida ao mesmo tempo pelo direito processual e pelo direito material.

A isso está ligado um último ponto de vista a ser discutido aqui: a validade e os critérios da relação de local. Especialmente Wieland questionou sua validade para a atividade econômica municipal, porque ela não poderia ser agregada ao âmbito da administração e sim da economia. Só a ação soberana poderia presumir competências que também abrangeriam uma limitação territorial do direito de ação de diversas autoridades. Portanto, o art. 28 II da Constituição Alemã não limitaria na concorrência o raio de ação dos municípios.⁸² Em parte, argumenta-se também com o aproveitamento total de capacidades disponíveis,⁸³ quando prejuízos de grandes clientes de muitas usinas municipais, possíveis especialmente com a liberalização do mercado de energia e carentes de compensação, oferecem a causa real. Há alguns anos, a legislação municipal dos Estados de

Bayern e de Thüringen permite expressamente sob restrições atividades que ultrapassem os limites de uma localidade.⁸⁴

Há ceticismo diante das interpretações anteriores da Constituição Alemã. Como destacou claramente o tribunal constitucional do Estado de Rheinland-Pfalz, o engajamento econômico municipal nunca é ação autônoma e sim atividade administrativa com fim estabelecido. A administração pública municipal continua a ser administração, mesmo quando ela lida com dinheiro.⁸⁵ Além disso, com relação ao direito de competências, não pode haver nenhuma área de atuação atribuída ao Estado, que não necessite da legitimação por meio da Constituição. Além disso, a argumentação de Wieland questiona também a competência legislativa dos Estados-Membros para o direito econômico municipal. Por isso, atividades econômicas municipais que ultrapassem o território do município só são permitidas com base em acordos intermunicipais e estão sujeitas à legislação intermunicipal desenvolvida pelo Tribunal Administrativo Federal para o direito de planejamento.⁸⁶ Todavia, é insignificante se prestações de serviços que ultrapassem o território de uma localidade e sejam materialmente necessárias estão ligadas a atividades econômicas com origem na comunidade local, como por exemplo, a intermediação de telefonemas interurbanos de sociedades telefônicas locais.⁸⁷

2 Proteção da concorrência por meio de ações em tribunais administrativos e o direito geral de concorrência

Faz parte dos temas sempre atuais do direito econômico público a questão a seguir sobre a proteção dos concorrentes em face do Estado atuante no mercado como sujeito econômico. Atualmente, esta discussão voltou fortemente à baila com base em algumas sentenças de tribunais civis, as quais proibiram aos Municípios a exploração de determinadas atividades econômicas com base na antiga redação do §1º da Lei Contra Concorrência. Acerca deste tema houve recentes alterações na jurisprudência de direito público.⁸⁸

a) A jurisprudência dos tribunais administrativos

As ações judiciais propostas por concorrentes perante os tribunais administrativos demonstram na jurisprudência até este momento que os dispositivos legais do direito econômico municipal não criam nenhuma posição de proteção para os concorrentes privados, mas apenas que os Municípios devem criar mecanismos de preservação contra perigos na economia e, de qualquer forma, que servem objetivamente à proteção da economia privada como elemento de uma ordem econômica competitiva.⁸⁹ Este ponto de vista foi sempre criticado, sobretudo à luz do critério da subsidiariedade, por parte da doutrina.⁹⁰ O Tribunal Constitucional do Estado de Rheinland-Pfalz filiou-se sempre a esta posição doutrinária por um fortalecimento do Princípio da Subsidiariedade de acordo com o direito estadual, visto que tal corte pôde amparar observações neste sentido no decorrer do processo legislativo.⁹¹ As limitações do controle jurisdicional decorrentes da discricionariedade dos Municípios não excluíram ações de terceiros como em outros campos do direito administrativo.⁹² Diversos legisladores estaduais seguiram este caminho,⁹³ como no Estado de Hessen, que inseriu na legislação regente dos Municípios uma cláusula de subsidiariedade com caráter de proteção dos agentes econômicos privados, de acordo com as informações contidas na sentença proferida pelo Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz em fevereiro de 2005.⁹⁴ No

mesmo sentido há uma nova sentença do Tribunal Superior Administrativo de Münster. Na verdade, não deve o Princípio da Subsidiariedade fundamentar direitos subjetivos de concorrentes privados,⁹⁵ em conformidade com uma aplicação teleológica e histórica da limitação de atuação prevista no §107, I, nº 1, da Legislação Municipal de Nordrhein-Westfalen, segundo a qual a atividade econômica deve ser suportada por uma finalidade pública.

b) Jurisprudência anterior dos tribunais civis

Ao lado da jurisprudência tradicional e conservadora dos tribunais administrativos adveio há alguns anos uma jurisprudência bastante favorável aos concorrentes privados dos tribunais civis, na jurisdição dos tribunais civis superiores. Nelas foram negadas,⁹⁶ por exemplo, atividades econômicas municipais como o serviço de plantio de árvores de jardim (Caso Gelsengrün)⁹⁷ ou como a consultoria de auxílio prestada por uma instituição de ensino.⁹⁸ A admissibilidade da participação dos tribunais civis foi fundamentada em conexão com decisões do Tribunal Civil Federal, mais alta corte civil alemã, com a argumentação de que o direito privado deve ser aplicável aos casos em que o Estado e os Cidadãos concorrem em igualdade e entre si.⁹⁹ Em razão da tese de uma possível dupla aplicabilidade de medidas (administrativas e civis)¹⁰⁰ permanece a aplicação do direito privado nas relações concorrenciais mesmo se a questionável relação comercial entre o Estado e seus "Clientes" for constituída sob os auspícios do direito público.¹⁰¹ Com relação ao disposto na antiga redação da lei contra a concorrência desleal, os tribunais estaduais superiores citaram regularmente a fórmula segundo a qual o direito geral de concorrência teria por objeto apenas o comportamento na concorrência (portanto o "como"). Todavia, eles também trataram a questão prévia de direito público do "se" e proibiram no resultado não apenas ações de concorrência isoladas, mas a atividade econômica no geral. Isso foi justificado com a fórmula, segundo a qual, na forma procurada, o ingresso no mercado seria proibido à mão pública. Para isso, tribunais isolados recorreram às leis municipais correspondentes, cujos regulamentos de direito econômico municipal foram compreendidos como normas orientadas no valor, nas quais uma infração per se, portanto, sem pré-requisitos adicionais, especialmente os não subjetivos, foi qualificada como uma vantagem não costumeira através de violação de direito.¹⁰²

Esta jurisprudência dos tribunais estaduais superiores acarretou não apenas as noções do tribunal administrativo ainda preponderantes naquela época sobre o caráter protetor de terceiros ausente da tríade de restrições de direito econômico municipal,¹⁰³ mas também destacou-se nas sentenças concretas através de uma imparcialidade proibida com relação à consideração dos espaços de julgamento municipais.¹⁰⁴ Além disso, a classificação do direito econômico municipal como grupo de normas orientadas no valor era problemática, uma vez que a jurisprudência civil não conseguiu de modo algum desenvolver critérios de separação imagináveis com relação a isso.¹⁰⁵ Não era de se admirar que havia também decisões divergentes de parte de tribunais civis isolados, que chamavam aproximadamente a atenção para as especificidades do direito municipal do Estado correspondente.¹⁰⁶

O erro básico desta jurisprudência consistia na corrente de igualdade entre Estado e particulares referida, com a qual o caminho do direito civil foi justificado. Especialmente uma coordenação puramente factual e equiparação na concorrência é desimportante para a qualificação legal da

relação de direito entre o Estado e seus concorrentes.¹⁰⁷ Uma outra restrição básica tem por causa, que o concorrente exija a omissão de ações estatais, que sempre pressupõem o cumprimento de um objetivo público. Só o direito especial do Estado, portanto o direito público, pode ser critério, se, desta maneira, a perseguição de fato do objetivo é legítima.¹⁰⁸

c) A reviravolta através do Tribunal Federal desde 2002

É especialmente satisfatório, por isso, que o mais alto tribunal civil alemão, o Tribunal Federal, tenha feito uma reviravolta fundamental em uma sentença de 26 de setembro de 2002. De acordo com tal decisão, não pode haver um direito de acordo com a antiga redação do §1º da lei contra a concorrência desleal se um concorrente despreza regulamentos, com cuja observação ele teria que abandonar o mercado.¹⁰⁹ A lei violada tem que ter uma função protetora secundária, orientada na concorrência, portanto ser orientada na lealdade da concorrência.¹¹⁰ Isso não haveria em regulamento sobre a atividade econômica municipal. Pelo contrário, as barreiras ali incluídas serviriam para o exercício de influência sobre o comportamento empresarial dos municípios assim como para a proteção da economia privada diante de uma concorrência através da mão pública.¹¹¹ Entretanto, não pode ser meta da antiga redação do §1º da lei contra a concorrência desleal concretizar esta proteção pelo caminho do direito civil. Por isso, os tribunais civis não podem decidir se a mão pública pode participar da concorrência e se ela se ateuve aos limites existentes.¹¹² Conseqüência desta interpretação do Tribunal Civil Federal é a classificação da antiga redação do parágrafo 1 lei contra a concorrência desleal como norma neutra de valor.

d) Proteção da nova jurisprudência do Tribunal Civil Federal por meio da mudança da lei contra concorrência desleal

Por meio de uma mudança da lei contra a concorrência desleal¹¹³ em 2004, é confirmada e assegurada pelo legislador alemão a volta-atrás do Tribunal Federal descrita, de modo duradouro. Até então, o direito de omissão de particulares contra os municípios ativos economicamente basear-se-ia no rol de infrações contra a concorrência por meio da quebra de direito formado para a concretização da cláusula geral da antiga redação do §1º da lei contra a concorrência desleal em termos de direito de arbitragem. Com a reforma, a cláusula geral da antiga versão do §1º da lei contra a concorrência desleal foi transferida para o §3º da mesma lei e aí renunciou-se ao conceito de impedimento de costumes. Além disso, a partir de agora, o rol de hipóteses de infração contra a concorrência por meio de violação do direito está positivado no §4º número 11 em conexão com o §3º da lei contra a concorrência desleal.

Na exposição de motivos da lei para o §4º número 11 da lei contra a concorrência desleal é feita referência expressa à citada jurisprudência do Tribunal Civil Federal. Depois disso, o §4º número 11 da lei contra a concorrência desleal deve entender apenas a "infração contra tais normas, que também regulem pelo menos o comportamento do mercado no interesse dos participantes do mercado".¹¹⁴ Regras puras de acesso ao mercado, como elas representam as determinações de direito municipal do direito econômico municipal, caem fora do âmbito de aplicação desta norma.¹¹⁵ Também se deve recusar um retrocesso à cláusula geral do §3º da lei contra a concorrência desleal. O rol do acesso ilegal ao mercado era de conhecimento do legislador, com isso existia a possibilidade da admissão no âmbito de regulamento do §4º número 11 da lei contra

a concorrência desleal. Contudo, as justificativas de lei para o §4º número 11 da lei contra a concorrência desleal não se expressam sobre uma tal inclusão.¹¹⁶ De qualquer maneira, a cláusula geral deve ser aplicada agora estritamente por meio da maior ênfase da referência à concorrência da nova lei contra a concorrência desleal.¹¹⁷ Com isso, o processo de revisão da lei contra a concorrência desleal confirma a responsabilidade exclusiva dos tribunais administrativos para o julgamento dos casos de concorrência entre Estado e particulares.

D) Influências mútuas entre atividade econômica estatal e supervisão da economia

Após já ter sido discutida uma dimensão da problemática de direcionamento na ação do Estado como agente econômico com a discussão da função instrumental de empresas públicas (B acima), as influências mútuas entre as atividades empresariais do Estado e as reguladoras da economia devem, para concluir, ser tratadas. Se, na primeira dimensão, tratava-se de supervisão do Estado sobre unidades administrativas autodeclaradas autônomas, agora a supervisão geral da economia encontra-se no centro.¹¹⁸ Como "supervisão de todos", ela abrange não apenas empresas privadas, mas também públicas e de economia mista.¹¹⁹

Por meio da atividade econômica do estado, almeja-se freqüentemente um ganho adicional de direcionamento, podendo metas de regulamentação ser aplicadas diretamente como segurança de fornecimento e prestação de serviço.¹²⁰ Além disso, o Estado poderia melhorar sua base de informação com relação aos setores econômicos atingidos e com isso melhorar sua regulamentação através de atividades econômicas próprias. De fato, este é o caso apenas em medida muito restrita.¹²¹ Pelo contrário, até aumenta o perigo do "*regulatory capture*", que, portanto, as autoridades reguladoras são cobradas pelas empresas públicas reguladas no interesse destas.¹²²

Com a independência funcional das autoridades reguladoras pode-se reagir contra tais tendências. Este princípio organizacional encontrou significado especial e formatação legal na privatização e liberalização de antigos monopólios do Estado, como no sistema de vias férreas e, especialmente, na telecomunicação.¹²³ Pois também após a liberalização, a situação do mercado é marcada pelas empresas de telecomunicação públicas ou parcialmente privatizadas há pouco tempo com poder de mercado muito forte. O art. 5º, parágrafo 2º, da Diretiva Européia geral da provisão de livre acesso às redes de 1997¹²⁴ exige concretamente uma separação estrutural efetiva de funções soberanas da regulamentação da administração da propriedade de empresas através dos Estados-Membros.

Para o princípio de independência funcional há dois caminhos de justificativa mais gerais. O primeiro refere-se à natureza da legalidade da concorrência e se volta contra a potencialização de funções empresariais. Assim, de acordo com a jurisprudência Tribunal de Justiça Europeu sobre o direito de concorrência europeu, uma empresa detentora de um mono-pólio de rede e vendedora de aparelhos de comunicação na concorrência não pode atuar como único e obrigatório ponto de licenciamento de aparelhos finais. Pelo contrário, faz-se necessária uma clara separação entre papéis de árbitro e de parceiro.¹²⁵

O segundo caminho de argumentação administrativo-legal atua sob a palavra-chave da parcialidade institucional e cumpre a tarefa de estado de direito para a manutenção da distância

regulatória.¹²⁶ Sua formatação encontra a independência institucional no direito organizacional, de trabalho, processual, mas, em contraposição, não no direito administrativo material. A meta é criar espaço para as diversas racionalidades decisórias das funções de atingir produtividade, administração de empresa e regulamentação através de uma separação das estruturas decisórias.¹²⁷

Esta máxima organizacional definida nos dispositivos constitucionais¹²⁸ das telecomunicações e do sistema de vias férreas não é, em hipótese alguma, transferível diretamente para toda a economia pública. Como mostra a discussão sobre a função instrumental das empresas públicas, até uma integração das áreas específicas na administração de empresas, isto é, a co-gestão é, em parte, desejável para o fortalecimento das metas materiais diante das metas formais.¹²⁹ Por isso, cabe ao Estado o julgamento da organização, que, entretanto, tem que considerar as determinações gerais mencionadas em termos de direito de concorrência e de Estado de Direito.

* A contribuição é uma versão atualizada do meu texto publicado na Revista *Deutsches Verwaltungsblatt* (ano de 2000, página 1250) no âmbito da reunião anual da União dos Professores Alemães de Direito do Estado. Pelo apoio com a pesquisa e a análise de material agradeço às minhas assistentes Janine Prater, Lisa Vierhaus e Martha Leibrandt. A tradução para o Português foi realizada pelo Sr. Vitor Rhein Schirato, a quem agradeço.

¹ Sobre o tema: *Gusy*, *Juristische Arbeitsblätter* 1995, itens 165 et seq., itens 253 et seq.; *Stober/Vogel* (Org.), *Wirtschaftliche Bestätigung der öffentlichen Hand*, 2000, p. 5 et seq., itens 13 et seq.; *Ronellenfitsch*, *Wirtschaftliche Bestätigung des Staates*, In: *Isensee/p. Kirchhof* (Org.), *Handbuch des Staatsrechts*, v. 3, 1988, §84; itens 1 et seq.

² Sobre a organização dos Municípios na esfera estatal: *Schmidt-Abmann*, *Kommunalrecht*, In: _____ (Org.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2005, item 8.

³ **Nota do Tradutor:** As referências ao direito municipal feitas pelo autor (*Gemeiden e Komunalrecht*) devem ser interpretadas de acordo com a ordem constitucional alemã, na qual os entes locais (municípios) não fazem parte da Federação, mas têm autonomia organizacional expressamente reconhecida pela Constituição Federal (art. 28 da Constituição Federal da Alemanha).

⁴ Sobre o tema *J. Ipsen*, *Niedersächsisches Kommunalrecht*, 3. Aufl., 2006, itens 593 et seq.; Na jurisprudência: Decisão do Tribunal Administrativo Federal 39, 329 (333); comentada por *Gerke*, *Jura* 1985, 351, que apenas recomenda uma descrição conceitual sobre o tema das empresas estatais; para informação, não apenas aqueles que se encontram no contexto, mas diversos outros conceitos de atividades estatais relevantes para a concorrência, que abrangem atividades estatais concorrenciais como advertências e recomendações: *Schliesky*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1999, p. 80; um princípio formal pode ser encontrado em *Siekmann*, In: *Stober/Vogel* (nota de rodapé 1), 2000, p. 113.

⁵ *Schmidt-Assmann* (nota de rodapé 2), item 118; *Gerke*, *Jura* 1985, p. 351; *Petri*, In: *Thieme* (Org.), *Niedersächsische Gemeindeordnung*, §108 itens 1 e 3.

⁶ Sobre o tema *J. Ipsen* (nota de rodapé 4), item 594.

⁷ *Schmidt-Aßmann* (nota de rodapé 2), item 118.

⁸ Sobre um conceito difuso das empresas estatais: *Ronellenfitch*, (nota de rodapé 1), §84 item 2; *Gusy*, *Juristische Arbeitsblätter* 1995, p. 167.

⁹ Sobre o tema, por exemplo: *Ambrosius*, *Negativurteile über öffentliche Dienstleistungssysteme im gesellschaftlichen Wandel*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 23 (2000), p. 224 et seq.

¹⁰ Sobre o tema *Yergin/Stanislaw*, *Staat oder Markt*, 1999.

¹¹ *von Loesch*, *Die öffentlichen Unternehmen Deutschlands*, In: K. König/Siedentopf, (Org.), *Öffentliche Verwaltung in Deutschland*, 2. Aufl., 1997, p. 285, 287 et seq.; acerca das 7 fases mencionadas no texto menciona o autor: (1) o tempo do Absolutismo; (2) a criação de empresas estatais nos setores de infraestrutura como correios e telecomunicações, bem como empresas de transporte ferroviário no final do século XIX; (3) a criação de empresas estatais municipais nos campos do transporte de passageiros, das caixas econômicas, dos portos, bem como diversas empresas prestadoras de serviços; (4) autarquias necessárias para a economia de guerra; (5) a transformação da estrutura intersetorial no período pós-guerra; (6) o direito das empresas de energia, de correios e de estruturas econômicas, como mídia; verificarse ademais: *Himmelmann*, In: Thiemeyer (org.), *Instrumentalfunktion öffentlicher Unternehmen*, 1990, p. 78 et seq.

¹² Para um controle dos diversos campos de atuação econômica das empresas estatais, que surgiram nos últimos anos: *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1998, p. 273 et seq.; sobre as quais não se pode perder de vista que muitos dos sempre citados exemplos são extremamente únicos, não sendo de forma alguma representativos para todos os campos.

¹³ Sobre esses fatores de vantagens: *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1998, p. 274 et seq.

¹⁴ Sobre os setores de exemplo das empresas estatais exploradoras de atividades de interesse coletivo: *Holst*, *Zeitschrift für Umweltrecht* 1999, p. 197 et seq.; significativamente ainda na *Juristische Arbeitsblätter* 1995: *Möschel*, *Den Staat an die Kette legen Gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat*, 1995, p. 26 et seq.

¹⁵ Sobre o tema com o auxílio de obras mais antigas: *v. Loesch* (nota de rodapé 11), p. 285, 289. Outros exemplos trazidos sobre o tema: em 1991 a participação das empresas estatais nos investimentos brutos realizados era de 14,7 %; sobre o tema, especialmente sobre a atuação estatal no mercado financeiro: *Siekmann*, In: *Stober/Vogel* (nota de rodapé 1), p.103 et seq.

¹⁶ Vide as contribuições em *Thiemeyer*, (nota de rodapé 11); *v. Loesch*, (nota de rodapé 11), p. 286, itens 290 et seq.; *Budäus*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen*, 1984, p. 143 et seq.; *Boos/Krönes*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 1990, itens 141 et seq.; *Greiling*, In: *Budäus* (org.), *Organisationswandel*

öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, 1998, p. 235, 249 et seq.

¹⁷ *Siekmann*, In: Stober/Vogel, (nota de rodapé 1), p. 112 et seq.

¹⁸ Por exemplo, diferenciado em *v. Loesch*, (nota de rodapé 11), p. 290 et seq., política econômica ordenadora da política, fomentadora de competição e controladora, bem como com vistas à indução do processo de globalização nas funções exercidas pelo Estado: *Gusy*, *Juristische Arbeitsblätter* 1995, p. 166 ss.; *Himmelmann*, (nota de rodapé 11), p. 76; *Ehlers*, *Juristenzeitung* 1990, p. 1089, 1091.

¹⁹ Vide acima item A da nota de rodapé 11.

²⁰ *Himmelmann*, (nota de rodapé 11), p. 78 et seq.

²¹ Para aprofundamento: *Himmelmann* (nota de rodapé 11), p. 83 et seq.; *Engelhardt*, p. 33 et seq.; *Siekmann*, In: Stober/Vogel (nota de rodapé 1), p. 114 et seq.

²² Sobre a discussão no mundo: *J.-P. Schneider*, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, 1999; adicionalmente: *Greiling*, (nota de rodapé 16), p. 235 et seq.; *Siekmann*, In: Stober/Vogel (nota de rodapé 1), p. 116 et seq.

²³ *Krönes*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 1998, p. 277 et seq.; *Himmelmann* und *Schuppert*, In: Thiemeyer, (nota de rodapé 11), p. 73 et seq. e p. 141 et seq.; *Schuppert*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 1985, p. 310 et seq.; *Wolf*, *Gewerbearchiv* 1999, p. 177 et seq.; *Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft* (org.), *Kontrolle öffentlicher Unternehmen v. 1 und 2*, 1980/82; comparação no mesmo contexto também em discussão sobre o controle parlamentar dos processos de privatização em Nordrhein-Westfalen: Parlamento de Nordrhein-Westfalen edições 12/2053, 12/2932 e 12/3198.

²⁴ *Schuppert*, In: Thiemeyer (nota de rodapé 11), p. 141 et seq. (com uma análise rápida sobre as funções de uma determinação de objetivos); *Krönes*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 1998, p. 277 et seq.; *Siekmann*, In: Stober/Vogel, (nota de rodapé 1), p. 128 et seq.

²⁵ Sobre o tema, vide as contribuições de *Bremeier*, *Beyer* und *v. Obstfelder* In: Budäus (nota de rodapé 16), p. 287 et seq., p. 319 et seq. e p. 331 et seq.; ademais: *Budäus*, *Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen* 1984, p. 143 et seq.; *Schulte*, *Öffentliches Beteiligungscontrolling*, 1994.

²⁶ Sobre o dever de desenvolvimento: *Spannowsky*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1992, p. 1072 et seq.; *dersiehe*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1996, p. 400 et seq.; *v. Danwitz*, *Archiv des öffentlichen Rechts* 120 (1995), p. 595 et seq.; de uma perspectiva empresarial: *Schön*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1996, p. 429 et seq.; adicionalmente: *Thode*, *Die Aktiengesellschaft* 1997, p. 547 et seq.

²⁷ Sobre o tema *Holst*, *Zeitschrift für Umweltrecht* 1999, p. 197 et seq.; adicionalmente:

Spannowsky, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 160 (1996), p. 561 et seq.

²⁸ Empresas estatais no sentido do art. 90 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia são todas aquelas uniões econômicas sobre as quais o Estado exerce por maioria de escolha uma influência sobre o planejamento econômico por meio da atuação direta nos órgãos societários: *Heinemann*, Grenzen staatlicher Monopole im EG-Vertrag, 1996, p. 78.

²⁹ Como a jurisprudência já observou, ambas as formas de privilégio devem ser fortemente escolhidas: *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia* 1991, I-1223 Textos nº 45 et seq. Aparelhos finais de telecomunicações; *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia* 1992, I-5833 Textos nº 29 et seq. Serviços de Telecomunicações.

Empresas com direitos excludentes são mantidas com exclusão de atividades econômicas competitivas; o conceito de direitos especiais é, em oposição a isso, não muito claro. Parcialmente, ele pode ser compreendido como uma empresa para a qual tenha sido transferida determinada função de alto interesse público (*Haar*, Marktöffnung in der Telekommunikation, 1995, p. 236 et seq.), parcialmente devem o número de empresas privilegiadas e as condições de privilégio ser previstas em regras (*Heinemann* (nota de rodapé 8), p. 80 et seq.).

³⁰ O art. 86 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia assegura por meio disso deveres aos Estados-Membros, os quais com fundamento constam do art. 10 do mesmo tratado: *Heinemann* (nota de rodapé 8), p. 87, 146 et seq. e 53 et seq. sobre um caráter de compromisso de interpretação dificultosa do dispositivo; ademais: *Pernice*, In: Grabitz/Hilf, art. 90 EG- Vertrag itens 1 et seq., p. 41 et seq.; *Burgi*, Europarecht 1997, p. 279 et seq.; na medida em que o Estado diretamente, não através de empresas dependentes, atue no domínio econômico, valem diretamente as normas previstas no Tratado de Constituição da Comunidade Européia acerca da atuação das empresas: *Jung*, In: Callies/Ruffert (org.), EU- Vertrag/EGVertrag, 2002, art. 86 EG- Vertrag item 6.

³¹ *Nicolaysen*, Europarecht II, p. 273 et seq.; *Burgi*, Europarecht 1997, p. 271, 282 et seq.

³² Sobre a função de liberalização do art. 86 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia, especialmente em face dos monopólios estatais: *J.-P. Schneider*, (nota de rodapé 22), p. 386 et seq.; *Heinemann* (nota de rodapé 28), p. 51 et seq.

³³ Vide: *Kahl*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1996, p. 1082 et seq.; *W. Schroeder*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1998, p. 53 et seq.; sobre o debate de mais de ano sobre a responsabilidade das caixas econômicas e bancos estatais como intermediadores financeiros: v. *Friesen*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1999, p. 581 et seq.; *Gaertner*, ZBB 1998, itens 6 et seq.; *Koenig*, Europäisches Wirtschaftsund Steuerrecht 1998, p. 149 et seq.; fundamentalmente: *H. Schneider/Busch*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1995, p. 602 et seq. com informações adicionais por meio dos complementos de 17.07.2001, 28.02. e 01.03.2002 (Decisões da Comissão Européia nº E 10/2000 de 27.03.2002), perante as quais a

República Federativa Alemã obrigou-se a seguir todas as regras que fossem obrigatórias sobre subsídios estatais de acordo com o art. 87 I do Tratado de Constituição da Comunidade Européia, que incidissem sobre o sistema de concessão de crédito e intermediação financeira, para estabelecer o paralelismo ou a unificação do direito comunitário europeu.

³⁴ Sobre essa dimensão legitimadora do dispositivo: *Burgi*, *Europarecht* 1997, p. 273 et seq.; sobre o tema do art. 295 do Tratado de Constituição da Comunidade Européia: *Badura*, *Zeitschrift für Unternehmensund Gesellschaftsrecht* 1997, p. 295 et seq.

³⁵ O art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia versa sobre a exploração de atividades econômica de interesse coletivo; sobre a interpretação desse conceito: *Jung* (nota de rodapé 30), comentário ao art. 86 itens 36 et seq.

³⁶ Sobre o tema *Kilian*, *Europarechtöpäisches Wirtschaftsrecht*, itens 195 et seq.; *Nicolaysen*, *Juristische Arbeitsblätterhrbuch für Neue Politische Ökonomie* 16 (1997), p. 139 et seq. e 141 et seq.; *Heinemann* (nota de rodapé 28), p. 49 e nota de rodapé 252 com informações adicionais; *Steindorff*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 164 (2000), p. 223 et seq.; vide também as contribuições em: *Cox*, *Öffentliche Dienstleistungen in der Europarechtöpäischen Union*; *Mestmäcker*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 4.10.1997, 15; não problemática também com: *Müller-Graff*, *Europarecht* 1997, p. 433 et seq.

³⁷ Sobre o tema *Nicolaysen* (nota de rodapé 31), p. 266 et seq.; *Burgi*, *Europarecht* 1997, p. 277 et seq.; sobre o art. 90 [86] II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia vide: *Bala*, art. 90 II EG- Vertrag im System unverfälschten Wettbewerbs; *Hermann*, in *Tettinger*, *Strukturen der Versorgungswirtschaft in Europarechtöpa*, p. 105 et seq.; *Pernice* (nota de rodapé 30), art. 90 EG- Vertrag itens 51 et seq.; *RappJung*, *Recht der Energiewirtschaft* 1994, p. 165 et seq.; *Seidel*, In: *Baur* (Org.), *Energiewirtschaft zwischen Wettbewerb und öffentlichen Aufgaben*, 1997, p. 73 et seq.; *Smith*, *Utilities Law Review* 1996, p. 111 et seq.; *Tettinger*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1994, p. 88 et seq.

³⁸ Sobre esse dispositivo: *Tettinger*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1997, p. 341 et seq.; *Streinz*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1998, p. 144; vide também o esclarecimento da Conferência do Tratado de Amsterdã nº 13 acerca das atividades econômicas de interesse coletivo: *Diário Oficial da Comunidade Européia* 1997 Seção 340/133; ademais; *Europarechtöpäische Kommission*, *Diário Oficial da Comunidade Européia* 1996 Seção 281/3 et seq.

³⁹ Sobre o tema *Kilian* (nota de rodapé 36), item 209.

⁴⁰ Neste sentido, mas sem uma citação dos dogmas da maioria, argumentam também: *Lecheler/Gundel*, *Recht der Energiewirtschaft* 1998, p. 99 et seq.; ademais: *Steindorff*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 163 (1999), p. 395, 425 et seq.

⁴¹ Sobre o tema *Spannowsky*, *Recht der Energiewirtschaft* 1995, p. 136; especialmente: *Löwer*, *Energiewirtschaftliche Tagesfragen* 1997, p. 308 et seq., que interpreta o art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia prevendo o setor de energia elétrica como campo de exceção; representativo para a noção apresentada até este ponto, que subestima a necessidade

específica de aplicação do art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia: *Mestmäcker*, In: Immenga/Mestmäcker, EG Wettbewerbsrecht, v. 2, 1997, art. 37, 90, itens D-47 et seq.; *Rapp-Jung*, Recht der Energiewirtschaft 1997, p. 134.

⁴² *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Jurisprudência da Comunidade Européia* 1997, 5815, Texto nº 56 Franz. Monopólio de Energia Elétrica.

⁴³ *Lecheler/Gundel*, Recht der Energiewirtschaft 1998, p. 93.

⁴⁴ *J.-P. Schneider*, (nota de rodapé 22), p. 403 et seq.

⁴⁵ *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Jurisprudência da Comunidade Européia* 1997, 5815, Texto nº 68 Franz. Monopólio de Energia Elétrica.

⁴⁶ Uma situação oposta existia no caso da transferência da decisão de admissão de uma concorrente de aparelhos finais de telecomunicações para uma entidade independente: *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Jurisprudência da Comunidade Européia* 1991, I-5941 Textos nº 18 et seq. RTT/Inno.

⁴⁷ *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Jurisprudência da Comunidade Européia* 1997, 5815, Textos nº 97 et seq. Franz. Monopólio de Energia Elétrica. Se a Comissão apresentou um conceito equivalente seria ele tema dos Estados-Membros, que comprovassem impossibilidade de alcance das finalidades públicas.

⁴⁸ Sobre o seu potencial significado para o setor de energia elétrica: *Wilms*, Das Europarechtöpäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996.

⁴⁹ Aqui cabe a pergunta, em quais relações aplica-se o direito secundário de forma direta com relação ao art. 86 II do Tratado de Constituição da Comunidade Européia; sobre o tema: *Lecheler/Gundel*, Recht der Energiewirtschaft 1998, p. 95 et seq.; ademais: *J.-P. Schneider* (nota de rodapé 22), p. 396 et seq.

⁵⁰ Diretiva 2000/52/CE, de 26.07.2000, Diário Oficial da Comunidade Européia 2000 nº L 193, p. 75-78. Esta diretiva foi modificada por meio da Diretiva 85/413/CEE, Diário Oficial da Comunidade Européia 1985 nº L 229, p. 20-21, e Diretiva 93/84/CEE, Diário Oficial da Comunidade Européia 1993 nº L 254, p. 16-18. A lei de transposição da Diretiva 2000/52/CE da Comissão, de 26.07.2000 para alteração da 80/723/CEE (Lei-Diretiva de Transparência TranspRLG), de 16.08.2001, foi publicada no Diário Oficial da Alemanha I 2001, p. 2141 e sancionada em 23.08.2001 para entrar em vigor. Sobre a Lei-Diretiva de Transparência até o momento *Mestmäcker*, In: Immenga/Mestmäcker, EG Wettbewerbsrecht v. 2, 1997, E - art. 37, 90 itens 17 et seq.; *v. Mutius*, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 1986, p. 47 et seq.; sobre a diretiva de alteração da Diretiva de Transparência vide Montag/Leibenath, In: Heidenhain (org.) Handbuch des Europarechtöpäischen Beihilfenrechts, 2003, p. 545 et seq., Neukirchen, Europarecht 2005, p. 112 et seq., Soukup, Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen 2001, p. 86 et seq.; sobre atos comparáveis da Comissão na discussão das tarifas de rádio: *Dörr/Eckl*, Neue juristische Wochenzeitschrift 1999, p. 1928 et seq.

⁵¹ Este tema é especialmente interessante com relação às rádios públicas, visto que o Tribunal Constitucional Alemão parte de um conceito pleno com diferentes elementos: *Lindner*, Die Europarechttopäische Transparenzrichtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, 2005; *Berle*, Die Transparenzrichtlinie und die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland, In: *Eberle/Ibler/Lorenz* (org.), Der Wandel des Staates vor den Herausforderungen der Gegenwart, Festschrift Brohm, 2002, p. 51; *Hain*, Die Europarechttopäische Transparenzrichtlinie und der öffentlich-rechtliche Rundfunk in Deutschland, Multimediarecht 2001, p. 219 et seq.; *Eifert*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1999, p. 598 com a nota de rodapé 34; *Vesting*, In: *Holznapel/Vesting*, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlichrechtlichen Rundfunk, insbesondere im Hörfunk, 1999, p. 42 et seq.; sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão vide decisões 74, 297, 333; sobre a posição contrária vide *Bullinger*, Die Aufgaben des öffentlichen Rundfunks, 1999, p. 53 et seq.; *Engelhardt*, In: *Thiemeyer* (nota de rodapé 11), p. 91 et seq.

⁵² Decisões do Tribunal Constitucional Alemão nº 50, 296, 336 et seq.; sobre decisões distintas no âmbito do direito constitucional dos estados em Rheinland-Pfalz: Tribunal Constitucional de Rheinland- Pfalz, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 992, 996 et seq.; sobre uma discussão científica sobre a Constituição econômica da Constituição Alemã de forma resumida e com informações adicionais, vide: *Tettinger*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1999, p. 679 et seq., *Knauf/Nolte*, Verkehrs- Rundschau 2003, p. 3 et seq., *Scharpf*, Gewerbearchiv 2004, p. 317 et seq.

⁵³ Sobre o tema *Sacksofsky*, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000; *J.-P. Schneider*, In: *Denninger/Hoffmann-Riem/H.-P. Schneider/Stein/Wassermann*, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., art. 105 itens 5 et seq.

⁵⁴ Sobre o tema, também, *Kluth*, In: *Stober/Vogel* (nota de rodapé 1), p. 23, 27; outra visão *Henneke*, Niedersächsische Verwaltungsblätter. 1998, p. 282 et seq.

⁵⁵ Vide no item III 1.; vide também: *Henneke*, Niedersächsische Verwaltungsblätter. 1998, p. 278 et seq. Sobre a discussão da admissibilidade de atividade municipal no campo das telecomunicações em face dos deveres de privatização e liberação previstos no art. 87 f da Constituição Alemã, vide, por um lado *Ehlers*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1998, p. 502; *Schoch*, Archiv für Presserecht 1998, p. 260; *Ebsen*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1997, p. 1042; *Trute*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1998), p. 226 et seq.: *Lerche* In: *Maunz/Dürig*, art. 87f item 58; *Pielow*, Nordrheinwestfälische Verwaltungsblätter. 1999, p. 374 et seq.; e por outro lado: *Müller*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1998, p. 1258 et seq.; *Bullinger/Mestmäcker*, Multimedia dienste, 1997, p. 83; *Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, p. 213; e por outro lado, sobre o Princípio da Democracia encontra-se a posição de *Gersdorf*, Archiv für Presserecht 1998, p. 470 et seq.

⁵⁶ De forma subsidiária vem o efeito negativo da liberdade de circulação de mercadorias para a realização do objetivo (sobre o tema *Henneke*, Niedersächsische Verwaltungsblätter. 1998, p. 277). Aqui é suficiente para a concretização, ao menos na regra, que cada objetivo público conste da apresentação de normas gerais de tarefas para o administrador público empreendedor. Ordens mais intensas sobre os fundamentos legais da atividade econômica levavam apenas a uma compensação de fato.

⁵⁷ Tribunal Administrativo Alemão, Deutsches Verwaltungsblatt. 1996, p. 152, 153; Tribunal Constitucional do Estado de Rheinland- Pfalz, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 992, 993.

⁵⁸ Decisões do Tribunal Constitucional Alemão 13, 181, 186; 47, 1, 21 et seq.; 49, 24, 47 et seq.; 52, 42, 54; 54, 7, 27 et seq.; 70, 191, 214; 82, 209, 223 et seq.

⁵⁹ *Schliesky*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1999, p. 78, 82; *Pielow*, Nordrhein- Westfälische Verwaltungsblätter 1999, p. 369, 376; *Tettinger*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1999, p. 679, 686; *Badura*, Das Berufsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, In: Schmidt - Aßmann/Sellner/Hirsch/Kemper/LehmannGrube, Festgabe 50 Juristische Arbeitsblätter Bundesverwaltungsgericht, 2003, p. 785, 789, *Faßbender*, Die öffentliche Verwaltung 2005, p. 89 et seq.

Rundfunkrecht, 1997, p. 227, 236 et seq.; Decisões do Tribunal Constitucional Alemão 74, 297, 332 et seq.; sobre o conceito de diversificação estrutural: *Hoffmann-Riem*, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, p. 34 et seq., 67 et seq., 292 et seq., 306 et seq., 331 et seq.

⁶⁰ Sobre o tema *Tettinger*, In: Sachs (Org.), Grundgesetz-Kommentar, 3 edição, 2003, art. 12 item 75; também *Wieland*, In: Dreier, Grundgesetz, art. 12 itens 79 et seq.

⁶¹ Assim é o conceito decidido por *Schliesky*, Deutsches Verwaltungsblatt. 1999, p. 78, 80; _____, Öffentliches Wettbewerbsrecht, p. 93.

⁶² É assim que se deve determinar com vistas à jurisprudência do Tribunal Administrativo Alemão, que permitiu em decisões recentes com o critério da não finalidade, mas da previsibilidade e das conseqüências diretas, considerado determinante dos efeitos negativos da liberdade de iniciativa apenas como condições, que são apropriadas como Conselhos e Sugestões por meio de uma apropriação da indução; decisões comparáveis do Tribunal Administrativo Alemão 87, 37, 43 et seq.; 89, 281, 283; Neue juristische Wochenzeitschrift 1996, p. 3161.

⁶³ *Eifert*, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1999, p. 597 et seq.; *Trute*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 57 (1998), p. 216, 235; *Vesting*, Prozedurales

⁶⁴ Sobre esses grupos de casos no âmbito da jurisprudência sobre a antiga redação do §1º da Lei Contra Concorrência Desleal: *Tomerius*, Landes- und Kommunalverwaltung 2000, p. 41, 44.

⁶⁵ Sobre o tema *Henneke*, Niedersächsische Verwaltungsblätter. 1998, p. 277.

⁶⁶ Exemplos do tema §7º da Ordenação Federal de Orçamento; aqui da doutrina: *Helm*, In: Piduch, Bundeshaushaltsrecht, §7º; v. *Köckritz/Ermisch/Pittrich/Lamm*, Bundeshaushaltsordnung, §7º.

⁶⁷ Sobre a não apresentação de uma atividade econômica no caso concreto não chegam; Tribunal Constitucional do Estado de Rheinland- Pfalz, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 992, 993 et seq.; Tribunal Superior de Düsseldorf, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 284, 285; *Henneke*,

Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 997, 998.

⁶⁸ Vide, por exemplo, §108 III da Legislação Municipal de Niedersachsen; para a escolha de uma forma de organização privada para esta espécie de empreendimento pode a tríade novamente encontrar a aplicação: §109 I Nr. 1 Legislação Municipal de Niedersachsen.

⁶⁹ §107 Legislação Municipal de Nordrhein- Westfalen toma outra direção e exige que exista uma finalidade pública urgente: *Siekmann*, In: *Stober/Vogel*, (nota de rodapé 1), p. 111, nota de rodapé 33.

⁷⁰ Assim, por exemplo, em Baden-Württemberg, Hessen e Nordrhein-Westfalen; entretanto, é questionada finalidade pública, na medida em que uma gente privado possa exercer a mesma atividade melhor e de forma mais econômica: *Badura*, *Die öffentliche Verwaltung* 1998, p. 818, 821 et seq.; *Ehlers*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1998, p. 497, 501 et seq.; *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 1 et seq.; *Pielow*, *Nord- Westfälische Verwaltungsblätter* 1999, p. 369, 379. Em Nordrhein-Westfalen foi adotado novamente o Princípio da Subsidiariedade: *Siekmann*, In: *Stober/Vogel*, (nota de rodapé 1) p. 111, nota de rodapé 33.

⁷¹ Vide §85 I Nr. 3 da Legislação Municipal de Rheinland-Pfalz, que exige que a finalidade pública não seja ou não possa ser alcançada de forma mais eficiente e mais econômica por agente privado; a relevância prática desse enrijecimento poderia ser menor: Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2000, p. 992, 993 et seq.; *Henneke*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2000, p. 997, 998.

⁷² Assim, por exemplo, §108 I 2 Nr. 3 Legislação Municipal de Niedersachsen.

⁷³ Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2000, p. 992, 995 et seq.; sobre a prerrogativa de se estimar vide ademais: *Ehlers*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1998, p. 497, 502; *Hill*, *Der Betriebsberater* 1997, p. 425, 429.

⁷⁴ Sobre o tema *Badura*, *Die öffentliche Verwaltung* 1998, p. 821; *Ehlers*, *Juristenzeitung* 1990, p. 1089, 1091; *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 2 et seq.

⁷⁵ Sobre esta consideração vide especialmente *Otting*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1997, p. 1258, 1262.

⁷⁶ Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2000, p. 992, 994 et seq., que também não permite apenas a criação de postos de trabalho; vide ademais *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 3 et seq. com uma sistematização com a interrelação dos serviços de auxílio e de empreendimentos não econômicos.

⁷⁷ *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 10; *Enkler*, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 1998, p. 328, 351.

⁷⁸ As legislações municipais contêm neste ponto freqüentemente determinações pouco claras sobre empreendimentos de ensino, aprimoramento e formação, de esportes, da saúde e da proteção do meioambiente, bem como disposições semelhantes; vide como exemplo o §108 III Legislação

Municipal de Niedersachsen.

⁷⁹ Isso é mais significativo com relação às sugestões para a concretização das finalidades contidas nas legislações das caixas econômicas: sobre o tema *Jornal Frankfurter Allgemeine* de 11.7.2000, p. 17: "Gewährträgerhaftung nicht aufspalten".

⁸⁰ *Hill*, *Der Betriebsberater* 1997, p. 425, 430 et seq.; a crítica apresentada por *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 10, não convence, pois subestima a postura indutora do Estado na economia e também porque as regras processuais pode ser controladas.

⁸¹ §107 V da Lei de Atividades Econômicas de Nordrhein- Westfalen; sobre o tema *Pielow*, *NordrheinWestfälische Verwaltungsblätter* 1999, p. 369, 378.

⁸² *Wieland*, In: *Henneke (Org.)*, *Optimale Aufgabenerfüllung im Kreisgebiet?*, 1999, p. 193 et seq., 196 et seq.; sobre uma argumentação mais semelhante para os setores fora do âmbito municipal (NãoAplicabilidade da Ordenação de Competência do art. 30, 83 et seq. da Constituição Alemã sobre a atividade das empresas estatais): *Hellermann*, In: *Grawert/Wahl*, *Offene Staatlichkeit*, *Festschrift für E.-W. Böckenförde zum 65. Geburtstag*, 1995, p. 277, 282 et seq., 286; *H. H. Klein*, *Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb*, 1968, p. 195; *Ossenbühl*, *Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost*, 1980, p. 128 et seq.; *Püttner*, *Die Öffentlichen Unternehmen*, 2 Edição, 1985, p. 163 et seq.; outra visão: *Ehlers*, *Juristenzeitung* 1990, p. 1089, 1095 et seq.

⁸³ *Moraing*, *Der Städtetag* 1998, 523, 525; *Weigt*, *Der Gemeindehaushalt* 1998, 74, 78.

⁸⁴ Art. 87 II da Legislação Municipal de Bayern, §71 IV da Legislação Municipal de Thüringen; em sentido contrário restringe o §108 I 1 Legislação Municipal de Niedersachsen as atividade econômicas admissíveis aos Municípios aos assuntos de interesse local.

⁸⁵ Tribunal Constitucional de Rheinland- Pfalz, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 2000, p. 992.

⁸⁶ Sobre o tema *Henneke*, *Niedersächsische Verwaltungsblätter*. 1998, p. 273, 278 et seq., 281 sob influência da Decisão do Tribunal Constitucional Alemão 40, 323, 329 et seq..

⁸⁷ *Pielow*, *Nordrhein- westfälische Verwaltungsblätter*. 1999, p. 372 et seq.; *Ehlers*, *Deutsches Verwaltungsblatt*. 1998, p. 503 et seq.

⁸⁸ Uma visão geral acerca da jurisprudência sobre a concorrência com entidades controladas pelo Poder Público pode ser encontrada em *Broß*, *Verwaltungsarchiv* 1996, p. 731 et seq.

⁸⁹ Decisões do Tribunal Administrativo Federal 39, 329, 336; sobre o tema, ainda *Schmidt-Abmann* (nota de rodapé 2), item 120; *Tomerius*, *Landes- und Kommunalverwaltung* 2000, p. 43, 46.

⁹⁰ *Scharpf*, *Gewerbearchiv*, 2004, p. 317, 319 et seq.; *Kluth*, *Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme*, 1988, p. 90 et seq.; *Erichsen*, *Kommunalrecht des Landes Nordrhein- Westfalen*, 2 Edição, 1997, p. 291 et seq.; *J. Ipsen* (nota de rodapé 4), itens 661 et seq.; *Schoch*,

Jura 1979, p. 601, 606 et seq..

⁹¹ Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 995.

⁹² Sobre o tema do direito econômico municipal: Tribunal Constitucional de Rheinland-Pfalz, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 995; *Henneke*, Niedersächsische Verwaltungsblätter. 1999, p. 5; com conteúdo a confirmar: Tribunal Superior de Düsseldorf, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 2002, p. 248, 249; sobre o tema das ações de concorrentes em face da discricionariedade das instituições estaduais sobre a comprovação da restrição da frequência de cabos: Tribunal Administrativo de Düsseldorf, Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 1998, p. 508 et seq.; Tribunal Superior de Berlim, Deutsches Verwaltungsblatt. 1991, p. 1265 et seq.; *Fehling*, Die Konkurrentenklage bei der Zulassung privater Rundfunkveranstalter, 1994.

⁹³ Sobre o tema art. 87 I 1 Nr. 4 da Legislação Municipal de Bayern; §100 III 1 da Legislação Municipal Brandenburg; §108 I Nr. 3; §108 I 2 Nr. 3 da Legislação Municipal de Niedersachsen; Lei de Autonomia Municipal de Saarland; §71 I Nr. 4 da Lei de Caixas Econômicas de Thüringen.

⁹⁴ Diário Oficial 16/2463, p. 38.

⁹⁵ Tribunal Administrativo Superior de Münster Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, p. 1520, 1521.

⁹⁶ Outros exemplos: Tribunal Superior de Düsseldorf, Deutsches Verwaltungsblatt. 2001, p. 1283; NordrheinWestfälische Verwaltungsblätter. 2000, p. 75.

⁹⁷ Tribunal Superior de Hamm, Deutsches Verwaltungsblatt. 1998, p. 792 et seq.

⁹⁸ Tribunal Superior de Düsseldorf, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 1997, p. 353 et seq.

⁹⁹ Pleno da Turma do mais alto Tribunal Federal, Neue juristische Wochenzeitschrift 1988, p. 2295 et seq.; Tribunal Civil Federal, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 84 (1982), p. 425, 427; Tribunal Superior de Düsseldorf, Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter 1997, p. 353, 354, com informações adicionais;

¹⁰⁰ Sobre o tema *Schünemann*, In: *Stober/Vogel* (nota de rodapé 1), p. 41, 51 et seq., 56.

¹⁰¹ Pleno da Turma do mais alto Tribunal Federal, Neue juristische Wochenzeitschrift 1988, p. 2295 et seq.; Tribunal Civil Federal, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 84 (1982), p. 425, 427.

¹⁰² Como princípio confirma a nova redação do §107 da Legislação Municipal de Nordrhein-Westfalen: Tribunal Superior de Düsseldorf, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, p. 284; em sentido mais estrito, ainda, Tribunal Civil Federal, Neue juristische Wochenzeitschrift 1987, p. 60 et seq., 62 et seq.

¹⁰³ Sobre o tema, com detalhes: Faßbender, Die öffentliche Verwaltung 2005, p. 89, 93 et seq.

¹⁰⁴ De forma mais pormenorizada, entretanto: Tribunal Superior de Düsseldorf, Deutsches Verwaltungsblatt. 2000, p. 284.

¹⁰⁵ Por exemplo, como concretização parcial de dispositivos de proteção do meio ambiente: Decisões do Tribunal Civil Federal 144, 255, 265 et seq.

¹⁰⁶ Tribunal de Justiça de Kassel, Sentença de 18.3.1999 11 O 4033/99, citado por *Tomerius*, Landes- und Kommunalverwaltung, 2000, p. 41 et seq.

¹⁰⁷ *Schliesky*, Öffentliches Wettbewerbsrecht, p. 281 et seq.

¹⁰⁸ Sobre o tema *Schliesky* (nota de rodapé 107), p. 288 et seq.; contra a abertura da via do direito civil com fundamento também em *Brohm*, Neue juristische Wochenschrift 1994, p. 281, 287 et seq.; além disso, *Scherer*, Neue Juristische Wochenschrift 1989, 2724 et seq.

¹⁰⁹ Tribunal Civil Federal: Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2645, 2646 Trabalhos elétricos; posteriormente confirmada por: Tribunal Civil Federal, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 2003, p. 969 Licitação para serviços topográficos; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2003, p. 164; Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2003, p. 971 Serviços de Informação Telefônica.

¹¹⁰ Tribunal Civil Federal, Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2645, 2647: bem como Decisões do Tribunal Civil Federal 144, 255, 267, aqui também sem direta relação com atividades econômicas dos Municípios, mas com relação com dispositivos de proteção do meio ambiente.

¹¹¹ Tribunal Civil Federal: Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2645, 2647;

¹¹² Tribunal Civil Federal: Neue Juristische Wochenschrift 2002, p. 2645, 2648; confirmando: Tribunal Superior Administrativo de Münster: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2003, p. 1520, 1521.

¹¹³ Diário Oficial da República Federativa da Alemanha I 2004, 1414.

¹¹⁴ Impresso do Parlamento Alemão 301/03, de 09.05.2003.

¹¹⁵ *Köhler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 2004, p. 381, 382, 385.

¹¹⁶ Impresso do Parlamento Alemão 15/1487, p. 19.

¹¹⁷ Sobre o tema: *Baumbach/Köhler/Bornkamm-Köhler*, Wettbewerbsrecht, 24 Edição, 2006, §3º, itens 7 et seq.

¹¹⁸ Sobre diferenciações conceituais entre controle do Estado e controle da economia: *Kahl*, Die Staatsaufsicht (im Ergebnis), §9º. v. 1 *mimio*; sobre o conceito da regulação da economia como uma das formas especiais relevantes de atuação pública de controle da economia: *J.-P. Schneider*, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 164 (2000), nº 5, item I.1.

¹¹⁹ *Ehlers*, Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, p. 6.

¹²⁰ Sobre o tema como exemplo no campo do fornecimento de energia elétrica: *J.-P. Schneider* (nota de rodapé 22), p. 66 et seq.

¹²¹ *Van der Bellen*, In: *Thiemeyer* (nota de rodapé 11), p. 122 et seq.

¹²² Sobre o tema, como exemplo no campo do fornecimento de energia elétrica: *J.-P. Schneider*, (nota de rodapé 22), p. 102 et seq.; em geral, sobre o fenômeno da unificação de interesses difusos do Estado e suas empresas: *Löwer*, Hybris gegenüber dem Parlament und dem Recht, *Jornal Frankfurter Allgemeine* de 13.3.2000, p. 12.

¹²³ Sobre o tema: *Oertel*, Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden nach §§66 ff. *Textilkennzeichnungsgesetz*, 2000, p. 104 et seq.; sobre a diferenciação entre independência funcional e político-administrativa, vide também: *J.-P. Schneider*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 164 (2000), nº 5 item III.1.a.

¹²⁴ Diretiva 97/51/CE do Parlamento e do Conselho Europeus, de 6.10.1997, para alteração da Diretiva 90/ 387/CEE e 92/44/CEE do Conselho, com vistas à inserção de concorrência no campo das telecomunicações, *Diário Oficial da Comunidade Européia* 1997 L p. 295/23 et seq.

¹²⁵ *Repertório de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia* 1991, I-5941 Texto nº 21 et seq. RTT/Inno; sobre o conceito da potencialização das funções: *Haar*, (nota de rodapé 29), p. 257 et seq.

¹²⁶ *Oertel* (nota de rodapé 123), p. 116 et seq.

¹²⁷ *Oertel* (nota de rodapé 123), p. 121; *Schmidt-Abmann/Röhl*, *Die öffentliche Verwaltung* 1994, p. 577, 579.

¹²⁸ *Oertel* (nota de rodapé 123), p. 108 et seq.

¹²⁹ Sobre o princípio correspondente em Hamburgo: v. *Obstfelder*, In: *Budäus* (nota de rodapé 16) p. 334 et seq.; *Schulte* (nota de rodapé 25), p. 116 et seq., 212 et seq.

Como citar este conteúdo na versão digital:

Conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SCHNEIDER, Jens-Peter. O Estado como sujeito econômico e agente direcionador da economia. Tradutor Vitor Rhein Schirato. *Revista de Direito Público da Economia _ RDPE*, Belo Horizonte, ano 5 , n . 1 8 , p . 1 8 9 - 2 1 7 , a b r . / j u n . 2 0 0 7 . Disponível em : <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=41046>>. Acesso em: 17 mar. 2018.