

ROSÂNGELA DO SOCORRO ALVES

**O ESTADO EMPRESÁRIO – LIMITES DA PARTICIPAÇÃO ESTATAL
NO DOMÍNIO ECONÔMICO**

**Monografia apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de
Especialista em Direito Societário,
Curso de Pós-graduação, Universidade
Federal do Paraná**

CURITIBA

2001

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO03

2. FUNDAMENTOS DA EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA06

2.1 CONCEPÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA06

2.2 HIPÓTESES NÃO CONTEMPLADAS NO ART. 173 DA CF09

2.3 SEGURANÇA NACIONAL E RELEVANTE INTERESSE COLETIVO10

2.4 EXCEPCIONALIDADE DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO 12

3. AS EMPRESAS DO ESTADO15

3.1 AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA17

3.2 AS EMPRESAS PÚBLICAS20

3.3 OUTRAS ENTIDADES CONTROLADAS PELO ESTADO22

4. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS ESTATAIS25

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL E A LUCRATIVIDADE26

4.2 O REGIME JURÍDICO PRIVADO32

4.3 A EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO36

4.4 A LIVRE CONCORRÊNCIA38

5. CONCLUSÃO41

6. BIBLIOGRAFIA44

O ESTADO EMPRESÁRIO – LIMITES DA PARTICIPAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1 INTRODUÇÃO

A presença do Estado na economia consubstancia fenômeno que, à primeira vista, associa-se direta e imediatamente ao regime socialista e à estatização dos meios de produção que lhe é característica.

Todavia, a intervenção estatal no domínio econômico, paradoxalmente, afigura-se também essencial à preservação do sistema capitalista, pois a evolução histórica demonstrou que os mercados são incapazes de prover sua auto-regulação e que, por isso mesmo, a abstenção total do Estado nesta seara, defendida pela doutrina liberal, tende ao comprometimento da livre iniciativa e livre concorrência, pilares do capitalismo.

EROS GRAU afirma que “a liberdade econômica, porque abria campo às manifestações do poder econômico, levou à supressão da concorrência” e, citando Geraldo Camargo Vidigal, resume as principais imperfeições do liberalismo “no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital x trabalho”¹.

Para o doutrinador espanhol Ariño Ortiz, a intervenção do Estado na economia se justifica: I) pelo fracasso do mercado resultante da ocorrência dos monopólios naturais, do abuso de posição dominante e das externalidades, estas concebidas pelos economistas “como conseqüências positivas ou negativas de certo fato não previsto no tocante à atividade econômica”; II) pela necessidade de se estabelecer critérios de equidade na distribuição de bens e rendas; III) pela necessidade de implementação urgente de políticas econômicas, através da exploração direta de

¹ *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 15 e ss.

determinado segmento do setor produtivo²

A vigente Constituição Federal brasileira consagra princípios típicos do sistema capitalista como a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, estabelecendo, simultaneamente, preceitos visam garantir uma ordem econômica mais justa e equilibrada como a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento especial para as pequenas empresas nacionais³.

Analizando o artigo 170, JOSÉ AFONSO DA SILVA salienta que “a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a *iniciativa privada* é um princípio básico da ordem capitalista”. Assevera, contudo, que, “embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”, concluindo daí que “essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)”⁴.

A partir dessa constatação, impende considerar as principais modalidades de atuação do Estado no domínio econômico.

TOSHIO MUKAI pontifica que “as ingerências do Estado na atividade econômica, para manter aquele estado de dominação, ocorrem por três formas: a *participação*, em que o Estado, ele próprio, atua diretamente na atividade econômica, normalmente através das empresas estatais; a *reguladora*, em que ele exerce seu poder de polícia, impondo restrições à liberdade econômica, visando o bem da coletividade;

² *Apud* Manoel Jorge e Silva Neto, *Direito Constitucional Econômico*, p. 149

³ Cf. Constituição Federal, art. 170, incisos e parágrafo único

⁴ SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 720

e a *planejadora*, em que ele planifica as atividades econômicas visando obter um *optimum* em termos de crescimento e desenvolvimento econômico e social do todo”, salientando que “há ainda uma quarta forma: a de *fomento* das atividades econômicas, que é autorizada ao Estado”⁵

JOSÉ AFONSO DA SILVA, por seu turno, não admite que a atividade de polícia possa ser classificada como modalidade de atuação estatal no domínio econômico, entendendo que esta se verifica apenas em duas modalidades: a *participação* e a *intervenção* – “a primeira com base nos artigos 173 e 177, caracterizando o Estado administrador de atividades econômicas; a segunda fundada no artigo 174, em que o Estado aparece como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica”⁶

Segundo a classificação de EROS GRAU, a atividade estatal na economia pode se dar por *absorção*, quando assume completamente o comando de determinada área econômica, atuando em regime de monopólio, *participação*, quando explora direta e parcialmente determinado setor produtivo, atuando em regime de competição com as empresas privadas, por *direção*, quando exerce seu poder no controle sobre a ordem econômica, impondo condutas compulsórias à iniciativa particular, e por *indução*, quando utiliza mecanismos de incentivo para regular o mercado⁷.

Nesse contexto, a atuação empresarial competitiva configura uma das hipóteses em que o Estado passa a exercer atividade típica da esfera privada, atividade esta que, em observância à terminologia empregada por GRAU, passaremos a denominar *participação*.

⁵ MUKAI, Toshio, Administração Pública na Constituição de 1988, p. 130

⁶ *Ob. cit.* p. 737/738

⁷ *Ob. cit.* p. 168/169

E, é exatamente dessa *participação*, ou seja, da exploração direta da atividade econômica pelo Estado em regime de competição com as empresas privadas que trataremos neste trabalho, pontuando os seus limites e as suas especificidades, notadamente a partir da análise do artigo 173 da Constituição Federal e das modificações que lhe foram introduzidas pela Emenda 19/98.

Sem pretender esgotar toda a matéria, o que, evidentemente, jamais seria possível dentro dos estreitos limites dessa abordagem, buscaremos traçar os principais fundamentos dessa atuação do Estado, as formas empresarias por ele utilizadas, bem como os princípios e regramentos que orientam a sua atividade nesse campo.

2 FUNDAMENTOS DA EXPLORAÇÃO DIRETA DA ATIVIDADE ECONÔMICA

O artigo 173 *caput* da Constituição Federal preceitua que *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”*

As expressões em destaque – *ressalvados os casos previstos nesta Constituição; atividade econômica; segurança nacional e relevante interesse coletivo* – demandam uma análise particular quanto aos respectivos significados, pois, do contrário, não será possível determinar o total alcance do texto constitucional transcrito.

2.1 CONCEPÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA

O conceito da expressão “atividade econômica” e a sua distinção de “serviço público” não consubstanciam assuntos que tenham merecido muita atenção da doutrina pátria.

EROS GRAU, entretanto, cuida de estabelecer essa diferenciação,

asseverando que, através das empresas públicas e sociedades de economia mista, o Estado pode tanto exercer atividade própria do setor privado (*atividade econômica*), quanto pode desempenhar função típica do setor público (*serviço público*). Analisando os artigos 170, 173 e seu § 1º e 174 da Carta Constitucional conclui que a “atividade econômica” pode ser concebida também como gênero, englobando daí as espécies *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito*⁸.

Para o ilustre jurista, a Constituição Federal faz clara distinção no tratamento da atuação do Estado em ambas as espécies, determinando a aplicação do regime jurídico de direito privado apenas às empresas estatais que desempenham atividade econômica em sentido estrito, em sistema concorrencial (art. 173) ou em caráter monopolístico (art. 177), excluídas daí, portanto, as empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam como meras prestadoras de serviço público.

Embora bem alinhavada, a posição de GRAU sofre críticas consistentes de parte da doutrina. A Profª. MARCIA CARLA RIBEIRO destaca que, mesmo na hipótese de prestação de serviço público, a estrutura da sociedade de economia mista reclama a aplicação de normas de direito privado nas suas relações negociais, ao passo que a criação, orientação e direção desse modelo societário condicionam-se ao regime jurídico de direito público.⁹

Além disso, aduz a mesma autora que a conceituação de serviço público há que ser aferida pela opção do legislador à *determinadas atividades*, que não podem ou não devem ser ofertadas pela iniciativa privada em um *determinado contexto histórico*. Entende, então, que “se a vocação do Estado não é uma atuação no domínio econômico, atuação que a própria Constituição condiciona à existência de situações excepcionais, diante de imperativos da segurança nacional ou relevante coletivo, não se pode deixar de incluir, nas hipóteses do art. 173, também a atuação estatal no

⁸ A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 133/138

⁹ Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada – Estrutura e Função, 1999, p. 129

domínio econômico no exercício de serviços públicos”¹⁰.

Sobre o tema, JOSÉ AFONSO DA SILVA manifesta opinião semelhante a de EROS GRAU, salientando que “a *atividade econômica*, no regime capitalista, como é o nosso, desenvolve-se no regime da livre iniciativa sob a orientação de administradores da empresa privada”, ao passo que o *serviço público* é de índole estatal, tendo por “titularidade uma entidade pública”. Conclui, então, que essas distinções são “fundamentais para a compreensão da *natureza e limites das empresas estatais*; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as *prestadoras ou exploradoras de serviços públicos* (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a TELEBRÁS, a Rede Ferroviária Federal, etc.) e as *exploradoras de atividade econômica* (como a PETROBRÁS, a Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil, etc.)”, aplicando-se às primeiras o regime jurídico de direito público, e às últimas o regime próprio das empresas privadas.¹¹

CELSONO RIBEIRO BASTOS acentua que, para os fins da Constituição Federal, “*atividade econômica*” deve ser entendida “toda função voltada à produção de bens e serviços, que possam ser vendidos no mercado, ressalvada aquela porção das referidas atividades que a própria Constituição já reservou como próprias do Estado, por tê-las definido como serviço público nos termos dos incs. XI e XII do art. 21 do Texto Constitucional ou então quando forem reservadas a título de monopólio da União (CF, art. 177)”¹².

A despeito de todo embate doutrinário, infere-se das opiniões dos juristas citados um ponto essencial de convergência, consistente no entendimento comum de que a expressão *atividade econômica* corresponde sempre a *produção de bens e/ou serviços para o mercado, ou seja, em área destinada à exploração própria da*

¹⁰ *Ob. Cit.* p. 135

¹¹ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1997, p. 733

¹² *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 7, 1988, p. 75

iniciativa privada.

Relativamente à distinção de regimes, parece-nos mais acertado o entendimento da doutrina, dominante aliás, de que as regras de direito privado somente são aplicadas às empresas estatais exploradoras de *atividade econômica* propriamente dita, regendo-se pelo direito público aquelas prestadoras de *serviço público*.

Por óbvio, como muito bem ressaltou a Profª. Marcia Carla Ribeiro, mesmo as empresas estatais que exploram *atividade econômica* submetem-se aos princípios gerais da administração pública, em especial no tocante à sua constituição, estrutura, administração, finalidade e extinção.

Porém, é nas relações negociais dessas entidades que se manifesta, de fato, a *exploração da atividade econômica* que impõe a isonomia com as empresas privadas, com vistas à manutenção da livre iniciativa e da livre concorrência, conforme se verá mais adiante.

Ademais, a evidente dificuldade para se definir o seja *serviço público* não constitui, em nosso ponto de vista, fator determinante para se estender a aplicação do artigo 173 a todas as empresas estatais, indistintamente, pois se o que tal dispositivo pretende é excepcionar a participação do Estado na área privada, não seria razoável admitir esta excepcionalidade na área de sua legítima atuação.

Destarte, esta é a premissa que deve nortear a análise de toda a sistemática da ordem econômica na Constituição Federal de 1988, até porque esta mostra-se fundamental para a avaliação das circunstâncias e dos limites que autorizam o Estado a desempenhar a função empresarial, típica do setor privado.

2.2 HIPÓTESES NÃO CONTEMPLADAS NO ART. 173 DA CF

A exploração direta da atividade econômica pelo Estado é enunciada também pelos artigos 177 e 21, XXIII da Constituição Federal que justificam, portanto, a ressalva contida no início do artigo 173 do texto constitucional - *“ressalvados os casos previstos nesta Constituição”*.

O artigo 177 trata do monopólio da União nas seguintes áreas: a) pesquisa e a lavra de jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos; b) a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; c) a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas itens anteriores; d) o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem; e) a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

De outra parte, o artigo 21, XXIII confere ao Estado a prerrogativa de explorar de serviços e instalações nucleares de qualquer natureza, sem atribuir, contudo, a esta atividade a natureza monopolística prevista no artigo 177.

Imperativo lembrar que o fato das aludidas atividades haverem sido outorgadas ao monopólio da União não as qualifica como *serviço público*. Ao reverso, constituem as mesmas *atividades econômicas em sentido estrito*, sujeitando as empresas estatais que as exploram ao regime de direito privado¹³.

2.3 SEGURANÇA NACIONAL E RELEVANTE INTERESSE COLETIVO

De acordo com o próprio artigo 173 da Constituição Federal, incumbe à lei definir os termos “segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”, lei esta que deverá ser ordinária, uma vez que o legislador constituinte não fez qualquer exigência a matéria fosse veiculada por outro instrumento normativo.

De outra parte, há que se esclarecer que, ao definir *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo*, o legislador infraconstitucional deverá cuidar para que essa norma integradora não amplie ou restrinja indevidamente a norma constitucional a ser integrada.

¹³ GRAU, Eros, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 150/151

TOSHIO MUKAI preceitua que as expressões sob exame somente podem ser determinadas no caso concreto, inferindo, assim, a total impossibilidade de vir a lei a enumerar de modo taxativo os casos que autorizariam a atuação do Estado pela via empresarial.¹⁴

A generalidade desta lei é também defendida por CELSO RIBEIRO BASTOS com o diferencial de que, para este autor, a especificação do conceito das expressões supra deve ocorrer num segundo momento, através da lei que autoriza a empresa estatal a levar a cabo os propósitos previstos no *caput* do artigo 173 da Constituição Federal.¹⁵

Outro aspecto que merece aqui ser destacado corresponde à competência legislativa.

Na sistemática constitucional, o conceito de *segurança nacional* guarda estreita relação com o artigo 22, XXVIII que outorga à União competência privativa para legislar sobre a defesa nacional. Por conseguinte, este dispositivo e outros de semelhante natureza (art. 21, III e 91 da CF) apontam para a conclusão inequívoca de que somente a lei federal poderá definir *segurança nacional* para os fins do artigo 173.

De qualquer sorte, urge ponderar que essa definição legal “há de ater-se àquelas atividades que dizem respeito diretamente à produção de bens e serviços necessários ao regular funcionamento e até mesmo ao satisfatório aparelhamento das forças armadas”¹⁶.

E, se a definição de *segurança nacional* está reservada exclusivamente à lei federal, o mesmo não se pode afirmar com relação a conceito de *relevante interesse público*.

Para TOSHIO MUKAI, a referência genérica do dispositivo constitucional

¹⁴ *Ob. cit.* p. 131

¹⁵ *Ob. cit.* p. 75

¹⁶ Bastos, Celso Ribeiro, *ob. cit.* p. 73

em tela ao termo ESTADO autorizaria também os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios a legislar sobre a matéria.

De outra parte, EROS GRAU exclui o Município do rol dos entes federados competentes, admitindo que, além da União, apenas os Estados-membros e o Distrito Federal poderiam, concorrentemente, legislar sobre essa matéria, por se tratar de norma de Direito Econômico (cf. art. 24, I da CF).

Particularmente, entendemos mais acertada a posição de GRAU, porquanto, a despeito da clara possibilidade de se vislumbrar *relevante interesse coletivo* em nível municipal, a sua identificação visando a constituição de empresas estatais para atuar em órbita própria da iniciativa privada, como é o caso, implicará sempre em um comando de Direito Econômico, escapando, portanto, dos limites da competência legislativa do Município.

Oportuno considerar ainda que, à semelhança da *segurança nacional*, a definição de *relevante interesse coletivo* deverá ser balizado no contexto da própria Constituição Federal que, lembremos, concede à iniciativa privada a primazia na exploração da atividade econômica.

Nesse passo, caberá sempre ao legislador infraconstitucional a penosa missão de eleger, dentre os muitos, aqueles *relevantes interesses coletivos* que atendam as exigências do artigo 173 sem conduzir, todavia, a uma estatização indesejável e conflitante com o regime capitalista adotado pela Carta Magna.

☞

2.4 EXCEPCIONALIDADE DA ATUAÇÃO EMPRESARIAL DO ESTADO

Questão de relevo que merece ser enfrentada com vistas à determinação do alcance do artigo 173 *caput* da Carta Constitucional diz respeito à excepcionalidade do exercício da atividade econômica pelo Estado. Que essa atuação somente terá lugar quando presentes os imperativos da *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo* não há dúvida; o que se pergunta na verdade é se as empresas estatais poderiam ser criadas ou mantidas com essa finalidade mesmo na contingência de estar a iniciativa

privada habilitada a prover essa demanda.

Na sistemática da Constituição de 1967 – Emenda 1/69, as empresas privadas, expressamente, gozavam de *preferência* na exploração de atividades econômicas, incumbindo ao Estado atuação dessa natureza apenas em caráter suplementar¹⁷. De conformidade com a doutrina da época, essa condição se evidenciava apenas nas situações previstas no artigo 163, ou seja, “por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais”.

Atualmente, o texto constitucional não mais faz a referência expressa ao caráter suplementar da atuação empresarial do Estado, levando alguns doutrinadores de escol a concluir que a redação do artigo 173 autoriza “a participação estatal direta na atividade econômica, independentemente de cogitar-se de preferência ou de suficiência da iniciativa privada”¹⁸, bastando, para tanto, a configuração dos pressupostos *segurança nacional e relevante interesse coletivo*.

Criticando o conteúdo do dispositivo supra, TOSHIO MUKAI lamenta que a Constituição de 1988 não tenha feito menção expressa à preferência da iniciativa privada na exploração da atividade econômica, reputando ser esta alteração significativa em relação à Emenda 1/69, na medida em que enseja a participação do Estado “palco econômico, haja ou não empresa privada atuando no setor correspondente”¹⁹.

Embora muito respeitadas, as vozes dos autores retro mencionados não representam a opinião majoritária da doutrina pátria.

GERALDO CAMARGO VIDIGAL esclarece que, comparada com a ordem

¹⁷ Cf. § 1º do art.170: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”

¹⁸ SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 735

¹⁹ Ob. cit. p. 130

constitucional anterior, a Constituição de 1988 é mais restritiva, tendendo à uma diminuição da atuação direta do Estado na economia²⁰.

Na visão de CELSO RIBEIRO BASTOS, o preceito constitucional sob enfoque indica que, mesmo quando presentes os imperativos da *segurança nacional* e *relevante interesse coletivo*, a *participação* do Estado dependerá sempre da comprovação da incapacidade da iniciativa particular e das melhores condições do setor público para o cumprimento desses objetivos²¹.

Discorrendo sobre o assunto, LUÍS ROBERTO BARROSO assevera que o princípio da subsidiariedade, que norteou a Emenda Constitucional 1/69, remanesce no vigente ordenamento jurídico, impedindo o Estado de criar entidades com a finalidade de estabelecer concorrência com os particulares fora das hipóteses de extrema relevância²².

Opinião semelhante exara a Profª. MARCIA CARLA RIBEIRO afirmando que a atuação do Estado como empresário condiciona-se “à necessidade e não à mera conveniência; em outras palavras, é preciso que sem a iniciativa pública sejam desatendidos os imperativos de segurança nacional e o relevante interesse coletivo”. No seu ponto de vista, “o princípio da subsidiariedade, na ordem econômica, ao mesmo tempo em que indica uma função de suplência, *limita* a intervenção do Estado: todas as competências que não são imperativamente detidas pelo Estado, devem ser transferidas às coletividades”²³.

²⁰ VIDIGAL, Geraldo Camargo, *A Constituição Brasileira de 1988*, Rio de Janeiro, 1990

²¹ *Ob. cit.* p. 74. Nesse sentido também CARVALHOSA, *ob. cit.* p. 355, para quem “o princípio constitucional, portanto, é o da *residualidade*. Na falta de soluções empresariais, por parte dos indivíduos ou dos organismos sociais, capazes de organizar setor fundamental dos serviços públicos ou da atividade econômica, cabe a atuação do Estado. Aí se encontram os fundamentos do *regime de privatização*, implantado entre nós a partir de 1990. Tem, portanto, cunho excepcional a ingerência estatal no setor empresarial.”

²² BARROSO, Luís Roberto, *Temas de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 408

²³ *Ob. cit.* p. 115

Invocando mais uma vez a imprescindível análise sistemática, temos por mais acertado o pensamento daqueles que defendem a *participação*, ou seja, a atuação empresarial do Estado, em caráter supletivo ou subsidiário, inclusive, por ser essa a orientação mais consentânea com a opção capitalista da Constituição em vigor.

3. AS EMPRESAS DO ESTADO

O desempenho da atividade empresarial por parte do Estado se dá, normalmente, através das sociedades de economia mista e das empresas públicas, bem como por meio de suas respectivas subsidiárias.

Classificadas pelo Decreto-lei nº 200/67 como integrantes da administração indireta ou descentralizada e concebidas por este com a finalidade exclusiva de explorar atividades econômicas, as sociedades de economia mista e empresas públicas, a rigor, não poderiam ser assim enquadradas, porquanto a descentralização pressupõe a transferência de um *serviço público*, cujo exercício é preferencial do Estado, e não da atividade econômica, cuja exploração é deferida prioritariamente aos particulares²⁴.

Convém lembrar que esse e outros deslizos técnicos do Decreto-lei nº 200/67 recebem inflamadas críticas dos mais conceituados administrativistas do país, muito embora a classificação e conceituação nele contidas ainda venham sendo amplamente utilizadas pela doutrina nacional²⁵.

Aparentemente, não tratou o referido instrumento normativo da possibilidade

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *in Direito Administrativo*, São Paulo : Atlas, 2000, p. 344

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *in Curso de Direito Administrativo*, São Paulo : Malheiros, 1996, p. 85, externa assim a sua contrariedade: “não é difícil perceber que o Decreto-lei em exame, desde o seu ponto de partida, ressent-se tanto de impropriedades terminológicas, quanto de falhas em seus propósitos sistematizadores, levando a crer que foi elaborado por pessoas de formação jurídica nula ou muito escassa, como sóia ocorrer ao tempo da ditadura militar instalada a partir de 1964 e cujos últimos suspiros encerrar-se-iam em 1986”

dessas entidades virem a ser criadas com o escopo de prestar *serviço público*, possibilidade esta, aliás, hoje amplamente reconhecida em face, inclusive, do que dispõe o novo texto constitucional²⁶.

No entanto, mesmo sob a égide da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional nº 1/69, era pacífico o entendimento de que esses mecanismos empresariais a serviço do Estado também poderiam ser direcionados à prestação de *serviços públicos*²⁷.

A partir dessa constatação, importa ressaltar que, sem embargo da dúplice função que lhes é cometida, para fins do artigo 173 da Constituição de 1988, objeto do presente estudo, não que ser consideradas tão-somente as sociedades de economia mista e empresas públicas que desempenham atividade econômica típica do setor privado, não se aplicando o regime deste dispositivo àquelas que se qualificam como meras prestadoras de *serviço público*.

²⁶ A Constituição de 1988 impõe em seu artigo 173, § 1º a necessidade de aplicação de regras especiais às sociedades de economia mista e empresas públicas que “*explorem atividade econômica*”, conduzindo ao claro entendimento de que essas entidades podem também exercer atribuições típicas da administração pública, como a prestação de *serviços públicos*.

²⁷ GRAU, Eros Roberto, *in A lucratividade e função social...*, p. 44/46, já defendia a sua classificação de *atividade econômica* como gênero e *serviço público* e *atividade econômica em sentido estrito* como espécies. Com isso o jurista buscava explicar a possibilidade de serem criadas sociedades de economia mista e empresas públicas com o fim de desempenhar tanto atribuição própria do setor privado como função típica do setor público, afirmando que o termo *atividade econômica* era empregado no Decreto-lei nº 200/67 como gênero e no então vigente texto constitucional como espécie. Nesse sentido também DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ob. cit.* p. 345: “Não se pode, pois, tecnicamente, considerar essas empresas que exercem atividade econômica como entidades da administração indireta; somente se pode considerar corretos os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista, contidos no artigo 5º do Decreto-lei nº 200, se se considerar a expressão *atividade econômica* em sentido amplo, abrangendo a de natureza privada (exercida a título de intervenção no domínio econômico) e a de natureza pública (assumida pelo Estado como serviço público, comercial ou industrial, como, por exemplo, o de transportes, de navegação aérea, de distribuição de gás)”

3.1 AS SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA

O conceito de sociedade de economia mista pode ser visualizado, num primeiro momento, sob o aspecto econômico, identificando-se essa entidade pela mera conjugação dos capitais públicos e privados aplicados à uma finalidade empresarial, sob o controle acionário do Estado.

Juridicamente, além dos fatores econômicos destacados, a identificação do ente estatal em comento demanda a integração de outros elementos assim elencados pela doutrina: a) autorização legal; b) interesse público como objeto da sociedade; c) controle da empresa pelo Estado; d) a submissão ao regime próprio das empresas privadas.²⁸

Do ponto de vista legal, o Decreto-lei nº 200/67 conceitua a sociedade de economia mista como “entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam, em sua maioria, à União ou à entidade da Administração Indireta”.

A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), por seu turno, não enuncia uma definição de sociedade de economia mista, mas traça as linhas básicas de sua estrutura e funcionamento, embasando-as na concepção extraída do Decreto-lei nº 200/67.

Cotejando ambos os diplomas legais, EROS GRAU apontou a existência de certa antinomia relativa à expressões criação por lei, empregada no Decreto-lei nº 200/67, e autorização legal, utilizada na Lei 6.404/76²⁹.

Porém, a moderna doutrina, com amparo na reformulação do artigo 37, XIX da Constituição de 1988, implementada pela Emenda nº 19/98, ensina que, por se

²⁸ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *apud* CARVALHOSA, Modesto, *ob. cit.* p. 329/331

²⁹ GRAU, Eros Roberto, *in* A lucratividade e função social..., p. 39.

tratar de ente de direito privado, as sociedades de economia mista são criadas através de seus atos constitutivos e respectivo registro público, na forma do que estabelece o artigo 18 do Código Civil. A lei apenas AUTORIZA a CRIAÇÃO desses entes³⁰.

No tocante à natureza desta, se específica ou genérica, a doutrina diverge. Para alguns, a lei deve designar qual a entidade que pretende criar, que finalidade será por ela buscada e que atribuições devem ser por ela desempenhadas³¹. Para outros, a generalidade caracteriza essa autorização, cabendo à lei somente a tarefa de definir as áreas em que o ente público poderá desenvolver atividades de natureza econômica³².

Em vista das divergências apontadas, insta traçar aqui o diferencial entre a constituição das empresas estatais e a criação de suas subsidiárias.

No primeiro caso, parece-nos claro que a indicação do artigo 237, *caput*, da Lei 6.404/76 no sentido de exigir a autorização específica para cada ente estatal, pois, pelo caráter excepcional dessa atuação do Estado, a lei autorizadora há que determinar com precisão a empresa que deverá cumprir esta finalidade, definindo o seu estatuto jurídico de conformidade com o que dispõe o artigo 173 da Constituição Federal³³.

Contudo, quando o cumprimento do objeto social e a consecução da finalidade pública das sociedades de economia mista demandam a utilização de subsidiárias, a criação destas não se condiciona a autorização por outra lei, podendo a legislação que autoriza a constituição das empresas estatais controladoras também

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *ob. cit.* p. 370.

³¹ Nesse sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *ob. cit.* p. 109

³² Assim, CARVALHOSA, Modesto, *ob. cit.* p. 362. Também WALD, Arnoldo, *in As sociedades de economia mista e a nova Lei das Sociedades Anônimas*, RF, 268:400, 1979, assevera que, “como o § 1º do art. 238 não esclarece se a lei autorizativa deve ser geral ou especial, nada impede que a faculdade de criar subsidiárias ou de modificar as finalidades sociais conste, desde logo, da lei que autorizou a criação da empresa. o texto legal não deve ser interpretado como exigindo um casuísmo absoluto.”

³³ Diversamente do que ocorre em nosso ordenamento jurídico, na França as sociedades de economia mista são disciplinadas, inclusive quanto à sua criação, por uma lei geral, sendo facultada a constituição dessas entidades por Decretos do Executivo. Cf. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *ob. cit.* p. 139

autorizar, genericamente, a criação das sociedades controladas.

Nesse sentido, TAVARES BORBA observa que “não obstante a Constituição se refira a ‘autorização legislativa, em cada caso’, a expressão *cada caso* deve ser entendida como no *caso de cada entidade* que se proponha a criar subsidiárias ou participar de sociedades”. No modo de ver deste autor, há que se atentar para “a circunstância de o legislador não ter se referido a lei específica, como na hipótese de criação de sociedades de economia mista ou empresas públicas, mas sim a cada caso, vale dizer, ao caso de cada empresa”, concluindo, então, que “somente as entidades cujas leis de criação ou leis posteriores lhes tiverem atribuído a faculdade de participar do capital de outras sociedades poderão incluir, no seu objeto social, essa atividade”³⁴.

Ademais, por força da identidade teleológica de ambas as empresas, o mesmo estatuto jurídico que rege a sociedade de economia mista, deverá também reger a sua subsidiária, inexistindo, pois, razão para que outra lei venha a disciplinar a matéria.

A nosso ver, além de conciliatória, esta interpretação afigura-se bastante apropriada ao dinamismo e agilidade que o Poder Público busca alcançar através das empresas estatais, sem prejuízo da reserva de lei a que alude o texto constitucional.

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

Conveniente esclarecer que o cumprimento desse objeto social depende de outro traço característico da sociedade de economia mista, qual seja, o efetivo controle da empresa pelo Estado.

A participação majoritária no capital social, por si só, não é suficiente para

³⁴ BORBA, José Edwaldo Tavares Borba, *Direito Societário*, Rio de Janeiro : Renovar, 1999, p. 451. Este autor apregoa a idéia de que a exigência de lei específica para *cada* hipótese de constituição de subsidiárias criaria absurdo embaraço a atividade empresarial, em vista da reconhecida morosidade do processo legislativo.

rotular a sociedade de economia mista, devendo o Estado, para tanto, deter poderes de efetiva administração.

À evidência, sem essa participação ativa não há como se garantir a condução da empresa para o cumprimento da finalidade que orientou a sua criação, mormente quando se vislumbra o conflito do interesse público com o interesse privado dos acionistas particulares³⁵. Essa situação conflituosa restará melhor demonstrada ao tratarmos, mais adiante, da lucratividade nas empresas estatais.

Finalmente, no tocante à sujeição às normas de direito privado, a sociedade de economia mista somente pode adotar a forma de sociedade anônima (cf. Decreto 200/67), regendo-se pelas disposições específicas contidas nos artigos 235 a 242 da Lei 6.404/76.

Assim, como as S/As em geral, independentemente de seu objeto as sociedades de economia mista serão sempre mercantis, aplicando-lhes às leis e usos do comércio.

3.2 AS EMPRESAS PÚBLICAS

À semelhança das sociedades de economia mista, as empresas públicas são entes sob controle do Estado, cuja criação depende de autorização legal, vocacionados à exploração de atividade econômica nas situações descritas no artigo 173 da Constituição Federal e sujeitos ao regime de direito privado.

Com efeito, nesses aspectos são aplicáveis à empresa pública todas as considerações feitas acima a respeito das sociedades de economia mista.

No entanto, quanto à sua organização, difere da sociedade de economia mista, pois, enquanto esta somente pode revestir-se da forma da sociedade anônima, a empresa pública pode assumir qualquer forma societária, civil, comercial ou até

³⁵ O art. 237 da Lei 6.404/76 estabelece que “a companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição”, do que se infere a essencialidade do controle da empresa pelo Estado.

mesmo uma forma não correspondentes aos modelos societários preexistentes³⁶.

Não obstante a aparente amplitude dessa liberdade, TAVARES BORBA alerta para o fato de que os artigos 48 e 167 da Constituição Federal indicam claramente que o Poder Público não pode efetivar contratações de valor ilimitado, inferindo desse princípio que as empresas públicas somente poderão assumir formas societárias nas quais a responsabilidade dos sócios seja limitada³⁷.

A empresa pública caracteriza-se também pela composição totalmente pública do seu capital.

O artigo 5º, inciso II do Decreto-lei nº 200/67 estabelecia que esse capital haveria de ser composto *exclusivamente* com recursos provenientes da União. Entretanto, o Decreto-lei nº 900/69 mitigou o rigor dessa disposição, permitindo a participação dos outros entes federados, através de suas administrações direta ou indireta, desde que mantida a maioria do capital votante com a União.

Na análise da empresa pública não se pode olvidar a sua unipessoalidade que, embora não sendo regra, consubstancia um dos seus traços distintivos.

Com respeito a essa característica, é preciso lembrar que o nosso ordenamento jurídico repele a constituição de entes personalizados unipessoais, ou

³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *ob. cit.*, p. 374, afirma que, em princípio, as disposições do Decreto-lei 200/67 são aplicáveis somente à União, de vez que regula a organização administrativa federal. Para a autora a União tanto pode instituir uma empresa pública adotando a forma de sociedade civil ou comercial, bem como lançar mão de uma forma inédita prevista na lei que autorizou sua criação. Todavia, aos demais entes federados não é outorgada esta prerrogativa de inovar, pois a estes falece a competência para legislar sobre direito civil e comercial. MEIRELLES, Hely Lopes, *in Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 322 opina em sentido diverso. Citando trabalho de Nabantino Ramos, o saudoso jurista assevera que também os Estados e Municípios podem criar empresas públicas com organização não coincidente com os tipos societários existentes, partindo da premissa que a criação desse ente estatal é de natureza administrativa e não de direito privado. Ao contrário de DI PIETRO, o autor não estabelece qualquer distinção entre as empresas públicas prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica.

³⁷ *Ob. cit.* p. 466

seja aqueles que a admitindo essa possibilidade em raras exceções, como é o caso das empresas públicas³⁸.

3.3 OUTRAS ENTIDADES CONTROLADAS PELO ESTADO

Ao tratar das empresas estatais que exploram atividade econômica, o artigo 173, § 1º da Constituição Federal, em sua redação original, fazia referência às sociedades de economia mistas, às empresas públicas e às *outras entidades*.

A partir daí, a doutrina e a jurisprudência passaram a discorrer de forma divergente quanto à natureza dessas *outras entidades*, chegando alguns a admitir até mesmo a possibilidade das autarquias atuarem na área empresarial³⁹.

No Supremo Tribunal Federal, a polêmica em torno do assunto restou demonstrada no julgamento do RE 153.523-7. Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso ressaltou que as autarquias que exploram atividade econômica sujeitam-se às normas de direito privado, admitindo, assim, a constitucionalidade da atuação empresarial destes entes.

No mesmo julgamento, o Ministro Paulo Brossard manifestou entendimento contrário, salientando o absurdo de se imaginar que o constituinte haveria deixado de empregar o termo autarquia, referido expressamente em tantos outros dispositivos constitucionais, por entendê-la embutida na expressão *outras entidades*. E, para reforçar sua tese, acrescentou ainda que a imunidade dos entes autárquicos não se coaduna com o inciso II, do § 1, do art. 173 da Constituição Federal no que tange à sujeição destes às obrigações tributárias.

³⁸ O artigo 206, inciso I, alínea *d*, prevê uma das raras hipóteses em que o ordenamento jurídico pátrio admite a existência temporária de sociedades unipessoais.

³⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *ob. cit.* p. 110, critica a interpretação de que texto constitucional permitiria a exploração de atividade econômica pelas autarquias. Pondera muito bem a autora que “não se pode compreender uma atitude constitucional de ampliação das formas de intervenção direta no domínio econômico, num momento em que tão-só as formas existentes já são objeto de inúmeros debates e questionamentos, ensejando inclusive processos de privatização.”

Com o advento da Emenda 19/98, a controvérsia perdeu fôlego, pois o legislador constituinte, quase que como numa atividade de interpretação, suprimiu a expressão *outras entidades*, substituindo-a pela locução *subsidiárias*.

Com efeito, quando ainda investigava o alcance da expressão agora suprimida, a doutrina predominante indicava que todas as empresas estatais cuja constituição e organização não se conformassem com os preceitos legais atinentes às sociedades de economia mista e às empresas públicas não poderiam ser com estas confundidas⁴⁰.

Especificamente sobre as subsidiárias, o artigo 235, § 2º da Lei 6.404/76 já trazia clara essa distinção ao dispor que “as companhias de que participarem, majoritária ou minoritariamente, as sociedades de economia mista, estão sujeitas ao disposto nesta Lei, sem as exceções previstas neste Capítulo”⁴¹.

Mas, em que pese o teor da nova disposição constitucional, importante lembrar que, ainda hoje, a doutrina identifica empresas que, embora sob controle estatal, não se qualificam como sociedades de economia mista, empresas públicas ou subsidiárias destas.

São empresas constituídas sob a égide de um ordenamento jurídico que não delineava os atuais contornos jurídicos das sociedades de economia mista e empresas públicas.

Nessa orientação, ARNOLDO WALD menciona que não se amoldam ao conceito de sociedades de economia mista as empresas que, embora sob o controle do Estado, tenham sido criadas sem autorização legislativa, inferindo, daí, que estas se

⁴⁰ Nesse sentido CARVALHOSA, Modesto, *ob. cit.* p. 338/339; PIETRO e Maria Sylvia Zanella di, *ob. cit.* p. 371

⁴¹ Anteriormente à Emenda 19/98, GRAU, Eros Roberto, *in A lucratividade e função social nas...*, p. 55, defendia que as disposições da Lei 6.404/76 e do Decreto-lei 200/69 eram conflitantes, pois o segundo reconhecia as subsidiárias como sociedades de economia mista ao passo que a primeira negava essa condição. Ensinava o jurista: “O Dec.-lei 200/67 concebe a existência de sociedades de economia mista de primeiro e de segundo grau. Do primeiro tipo, aquelas sob *controle da União*; do segundo, as sob *controle de entidade da Administração Indireta*.”

submetem ao regime comum das sociedades anônimas, não sendo-lhes aplicáveis as disposições especiais contidas nos artigos 235 a 242 da Lei 6.404/76⁴².

Divergindo de WALD e atribuindo a qualificação de “empresas estatais clandestinas” àquelas criadas sem autorização legal, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO opina no sentido de que “apesar de haverem irrompido defeituosamente no universo jurídico – a circunstância de se constituírem em realidade fática da qual irrompeu uma cadeia de relações jurídicas pacificamente aceitas impõe que se as considere assujeitadas a todos os limites e contenções aplicáveis às sociedades de economia mista ou empresas públicas regularmente constituídas, até que sejam extintas ou sanado o vício de que se ressentem”. E arremata: “Com efeito, seria o maior dos contra-sensos entender que a violação do direito, ou seja, sua mácula de origem, deva funcionar como passaporte para que se libertem das sujeições a que estariam submissas se a ordem jurídica houvesse sido respeitada”⁴³.

Em 26.6.79, quando então vigentes o Decreto-lei nº 200/69 e a Lei 6.404/76, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de empresas sob controle do Estado que não se enquadravam no perfil legal das sociedades de economia mista e das empresas públicas. No RE 91.035-2 assim pronunciou-se o STF: “Não é possível confundir sociedade de economia mista com sociedade sob controle acionário do Poder Público. É a situação especial que o Estado se assegura, através de lei criadora, que caracteriza o ente assim instituído como sociedade de economia mista”.

Não obstante a obrigatoriedade de autorização legal para sua criação, é

⁴² *Ob. cit.* p. 398. Para exemplificar, o autor cita os casos da COSIPA, a USIMINAS, a ACESITA e ainda as subsidiárias da ELETROBRÁS, da PETROBRAS e da VALE DO RIO DOCE. No mesmo sentido, PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *ob. cit.* p. 371. GRAU, Eros Roberto, *in A lucratividade e função social nas...*, p. 55, lembra que “o Estado, destarte, nas sociedades de economia mista, está em situação assimétrica em relação aos seus acionistas privados, ao passo que, nas sociedades estruturadas segundo o modelo ortodoxo de sociedade anônima, de cujo capital participe, ainda que majoritariamente – e que não serão entendidas como sociedade de economia mista – está em situação de simetria em relação aos seus acionistas privados.”

⁴³ *Ob. cit.* p. 110/111.

possível vislumbrar uma situação em que a própria Lei 6.404/76 reconhece a qualidade de economia mista à uma sociedade assim não constituída. É o caso do parágrafo único do artigo 236 da lei societária supra, o qual alude à aquisição do controle de empresa privada por ente estatal através de desapropriação⁴⁴.

4 PRINCÍPIOS E NORMAS APLICÁVEIS ÀS EMPRESAS ESTATAIS

Pela excepcionalidade que caracteriza a *participação* do Estado no domínio econômico, os mecanismos empresariais por ele utilizados sujeitam-se a regramentos próprios e cogentes, com vistas a assegurar o cumprimento da finalidade pública que justifica atuação estatal dessa natureza.

Além disso, a explicitação, no texto constitucional, de princípios e normas específicas aplicáveis às empresas estatais, tem por escopo definir os aspectos que as aproxima das empresas privadas, bem como enunciar aqueles outros que as distanciam da iniciativa particular.

Assim, dentre os pontos de contato e divergência com o setor privado, destacamos a função social, o regime jurídico, a exigência de licitação, a lucratividade e a livre concorrência que serão abordados de maneira mais detida neste capítulo.

4.1 A FUNÇÃO SOCIAL E A LUCRATIVIDADE

A Emenda 19/98 inseriu no artigo 173, § 1º, inciso I, a função social como elemento que deve integrar o estatuto jurídico das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias.

⁴⁴ O art. 236, parágrafo único da Lei 6.404/76 dispõe: “Sempre que pessoa jurídica de direito público adquirir, por desapropriação, o controle de companhia em funcionamento, os acionistas terão direito de pedir, dentro de sessenta dias da publicação da primeira ata da assembléia geral, realizada após a aquisição do controle, o reembolso das suas ações, salvo se a companhia já se achava sob o controle, direto ou indireto, de outra pessoa jurídica de direito público, ou no caso de concessionária de serviços públicos.”

Nesse ponto é importante esclarecer que, mesmo antes dessa inovação, não remanescia qualquer dúvida de que as empresas estatais deviam obediência a esse princípio, tendo sido essa exigência, inclusive, positivada na Lei 6.404/76⁴⁵.

Ademais, estando tais empresas inseridas no contexto da ordem econômica, os princípios elencados no artigo 170, dentre eles a função social da propriedade prevista no inciso III, também as alcançariam, não sendo vinculativos apenas para a iniciativa particular.

Aliás, feriria o bom senso e lógica imaginar que somente as empresas privadas estariam jungidas ao cumprimento da função social quando, na verdade, esse princípio deve orientar não só o desenvolvimento, mas na própria constituição das empresas estatais.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessário, primeiramente, esclarecer que a *propriedade* mencionada no artigo 170 da Carta Magna há que ser aferida no seu *aspecto dinâmico*, ou seja, aquela incidente sobre os bens de produção e aplicada ao desenvolvimento da atividade econômica⁴⁶.

A propriedade dinâmica traduz, portanto, a concepção da empresa cuja titularidade, por força da ordem constitucional vigente, é conferida tanto ao particular quanto ao Estado, incumbindo a ambos o dever de conduzir esse organismo econômico à realização não só de seus próprios interesses, mas dos interesses de toda a coletividade.

92

⁴⁵ O art. 238 da Lei 6.404 estabelece que “a pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os mesmos deveres e responsabilidades do acionista controlador (...)”, fazendo remissão ao art. 116 cujo parágrafo único dispõe que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir *sua função social* (...)”

⁴⁶ VAZ, Isabel, *in Direito Econômico das Propriedades*, p. 330, esclarece que, diversamente, das propriedades dinâmicas, as propriedades estáticas são assim denominadas “em virtude de proporcionarem ao seu titular, independentemente de qualquer atuação econômica desenvolvida, os benefícios inerentes à sua própria natureza: aluguel, moradia, rendimentos, dividendos. São bens passíveis de valoração econômica e, assim classificados, sujeitam-se às diferentes regras do Direito, conforme configurem objeto de diversos atos jurídicos, como uma compra e venda, uma locação, um arrendamento, um mandato, ou uma desapropriação.”

Nessa medida, essa nova função da empresa representa verdadeira relativização do direito sobre a propriedade dinâmica, tornando-o um instrumento a serviço do equilíbrio econômico e da justiça social.

Com bastante pertinência, ISABEL VAZ destaca que “o aperfeiçoamento do conceito de função social se revela quando o legislador impõe, não apenas uma ‘limitação dimensional’ à propriedade, cujo titular ‘sofre’ as consequências da redução quantitativa de seu patrimônio, mas quando passa a exigir do proprietário uma utilização do imóvel conforme aos princípios da função social. De sujeito ‘passivo’ da intervenção do Estado, o proprietário passa a ser ‘co-partícipe’ da ação estatal na realização dos fins da Ordem Econômica e Financeira”⁴⁷.

Sobreleva assinalar que não é só no Brasil que se observa a tendência de se atribuir à empresa um caráter altruísta.

Na Itália, a Carta Del Lavoro preceitua que a empresa “é o instrumento mais eficaz e mais útil no interesse da nação” (Dich.VII). Analisando o conteúdo desse diploma legal, ALBERTO ASQUINI ensina que “na maior parte dos países, também daqueles supostos liberais, nos quais a superação da economia do século passado levou à instauração de uma economia controlada, qualquer que seja o sistema, a empresa ficou com regra confiada à iniciativa privada, mas sobre a base dos planos individuais coordenados pelo Estado no interesse coletivo”⁴⁸.

Quanto à função social das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, incluída pela Emenda 19/98 no artigo 173, § 1º, inciso III da Constituição Federal, EROS GRAU entende que a imputação expressa do princípio sob exame às empresas estatais não opera qualquer inovação qualitativa substancial,

⁴⁷ *Ob. cit.* p. 328.

⁴⁸ ASQUINI, Alberto, *Perfis da Empresa*, RDM 104:109, Textos Clássicos, tradução Fábio Konder Comparato, p. 112.

por entender que a finalidade pública é da essência da atuação empresarial do Estado⁴⁹.

Outros doutrinadores analisam essa função social por outra ótica. CARVALHOSA, por exemplo, ao comentar o artigo 238 da Lei 6.404/76 pontifica “que o Estado ao operar a sociedade de economia mista deve visar ao *interesse público primário*, qual seja, o *interesse da coletividade*, e não ao *interesse público secundário*, qual seja, o dos aparelhos estatais”⁵⁰

Com todo respeito às opiniões contrárias, não nos parece despropositada a extensão da função social às empresas estatais, mormente se tivermos presente a reconhecida noção de que nem sempre o interesse do governo (de natureza transitória), coincide com o interesse do Estado (de índole permanente).

Destarte, as empresas do Estado devem perseguir a satisfação das necessidades de toda a coletividade, sendo-lhes vedado o direcionamento para a consecução de objetivos exclusivos da máquina estatal.

Assim, por exemplo, as empresas estatais jamais poderão ser utilizadas com a finalidade precípua de amealhar recursos financeiros para composição do erário

Esta constatação, aliás, rende ensejo à introdução aqui de outro aspecto conexo à função social – o lucro.

A lucratividade não é da essência da atividade empresarial, podendo ser encarada apenas com um dos resultados possíveis da atuação de entes, privados ou

⁴⁹ *in A ordem econômica ...*, p. 263 afirma: “O primeiro ponto a salientar, no tratamento da matéria, respeita ao fato de que, embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da *função social da propriedade*, é seu pressuposto necessário a *propriedade privada*. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, v.g. – quais as *funções sociais* por ela cumpridas como prestadoras de serviço público e como exploradores da atividade econômica em sentido estrito? - a idéia da *função social* como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à *propriedade privada*. SILVA, José Afonso, *ob. cit.* p. 273 esclarece: “A *função social da propriedade* não se confunde com os sistemas de limitação da propriedade. Estes dizem respeito ao exercício do direito ao proprietário; aquela, à estrutura do direito mesmo, à propriedade.”

⁵⁰ *Ob. cit.* p. 386.

estatais, na economia⁵¹.

Embora esta assertiva possa, num primeiro momento, parecer incompatível com o sistema capitalista, convém lembrar que ela se confirma com a constatação de que os resultados deficitários de uma empresa não afetam a sua natureza de organismo econômico.

À evidência, mesmo não sendo elemento obrigatório, o lucro é, de regra, o móvel do empresário privado, a razão que o conduz a assumir os riscos inerentes à produção de bens e serviços para o mercado.

Esse, a propósito, é o argumento que leva EROS GRAU a defender a essencialidade do lucro na atividade empresarial, inclusive, quando desempenhada pelo Estado - “Se as empresas sob o controle do Estado, que desenvolvem iniciativa econômica, atuam sob o mesmo regime aplicável às empresas privadas, forçoso é que busquem a realização de lucro, embora possam, em determinados momentos, *em situação excepcional*, tal como as empresas privadas, estar a atuar em regime deficitário”. E ainda: “É que o desenvolvimento de suas atividades, pelas empresas sob controle do Estado – especialmente as que exploram iniciativa econômica – em situação deficitária (isto é, sem que estejam voltadas à produção de lucro), findaria por caracterizar a sua atuação como típica de agente de concorrente desleal. Em outros termos: atuariam então, tais empresas, em regime de *dumping*, na medida em que impediriam, mercê dos preços que estivessem a praticar, o exercício pleno da concorrência, nos mercados, pelas empresas privadas que poderiam advir a tais mercados”⁵².

Aqui, mais uma vez, ousamos discordar do posicionamento desse ilustre jurista, pois quando se cogita da atuação deficitária das empresas estatais, tem-se em

⁵¹ GALGANO, Francesco, citado por RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *ob. cit.* p. 54, descreve que, no sistema italiano, o lucro não consubstancia requisito essencial ao exercício da empresa, mas somente como “*algo possível de ser atingido*”.

⁵² In *Lucratividade e função social...*, p. 49 e 56

mira o atendimento prioritário da finalidade pública que orientou a sua criação, estando a perspectiva de lucro, nesse contexto, relegada a um segundo plano.

Impõe-se, a propósito, ressaltar que razões de ordem social e política podem justificar a preservação de empresas estatais não-lucrativas, demandando, por vezes, maior injeção de capital público, como sói acontecer nas hipóteses de “industrialização de uma região menos desenvolvida, produção de bens e serviços essenciais para a sociedade e abandonados pela iniciativa privada, ou a atuação equilibradora do mercado afastando um indesejável domínio de mercado”⁵³.

Além disso, não se pode olvidar que a atuação do Estado na economia, inclusive através de mecanismos empresariais, tem por escopo a regulação dos mercados, não se podendo, por conseguinte, presumir que as empresas estatais estejam de qualquer forma, vocacionadas à adoção de condutas tendentes ao desequilíbrio da ordem econômica.

Se esta hipótese se verificar na prática, por óbvio estaremos então diante de um claro desvio de finalidade, passível de ser corrigido mediante a punição dos responsáveis, porquanto, a livre iniciativa e a livre concorrência são princípios que vinculam não só os particulares, mas também o Estado, em especial, quando atua na esfera própria do setor privado.

Outra questão de relevo que merece ser abordada é a destinação do lucro apurado nas empresas estatais.

Segundo MARCIA CARLA RIBEIRO, os dividendos devem ser reinvestidos na empresa estatal e não incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica de direito público que a criou. Segundo a autora, inexistindo disposição legal que classifique como renda pública o lucro das sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias, a apropriação do lucro destas pelo Estado configura manifesta violação ao princípio da legalidade⁵⁴.

⁵³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira, *ob. cit.* p. 54/55

⁵⁴ *Ob. cit.* p. 56

Finalmente, não é possível reconhecer a não-essencialidade do lucro nas empresas estatais sem enfrentar o conflito de interesses que surge na conjugação dos capitais público e privado nas sociedades de economia mista.

BILAC PINTO há muito criticava este tipo de sociedade: “Esta associação entre o Estado e os particulares não pode, senão excepcionalmente, conduzir a bons resultados. Um associação não beneficia, com efeito, a todos os associados senão quando eles visem a um fim comum, ou, pelo menos, a fins análogos, excluída a oposição entre uns e outros. Ora, em uma empresa de economia mista, os fins visados pelo Estado e pelos particulares são diametralmente opostos; eles se excluem reciprocamente. O capitalista particular não tem em vista senão seu interesse pessoal, ele quer lucros elevados que lhe assegurarão bons dividendos e procura fixar o preço de venda mais alto que a concorrência permita, se ela exigir. O Estado, ao contrário, intervém com a intenção de salvaguardar o interesse geral, seja o dos consumidores ou dos utentes; ele se esforça, então, para manter o preço de vendas em níveis baixos. Nasce, assim, entre os dois grupos de associados, um conflito irreduzível, no qual um deles ser inevitavelmente a vítima”⁵⁵

Ainda que vigorosa, a crítica de BILAC PINTO nunca representou a opinião dominante em nossa doutrina.

BARROS LEÃES refutou tais argumentos, assinalando que: a) as divergências entre duas ou mais classes de acionistas são naturais em todos os modelos societários e devem ser dirimidas, a partir de concessões recíprocas, com vistas a prosperidade do empreendimento; b) ao integrar a sociedade de economia mista, o

⁵⁵ *Apud* PAIVA, Alfredo de Almeida, *in* As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado, RDA, edição histórica, 1995, p. 317. Fazendo referência ao sucesso de inúmeras sociedades de economia mista, nacionais e estrangeiras, PAIVA manifesta sua discordância com a posição de BILAC PINTO – “Muito embora admitamos a diversidade de interesses entre o Estado e os acionistas particulares, não nos parece porém tratar-se de conflito irremediável; antes, pelo contrário, entendemos possível e perfeitamente viável sua conciliação, de modo a permitir o êxito do objetivo estatal, com a correspondente garantia de justa remuneração ao capital empregado pelos particulares.”

acionista privado tem conhecimento de que a finalidade pública deve preponderar no direcionamento da empresa; c) a organização estatal contemporânea não mais admite o lucro em sua concepção individual e egoísta, mas o visualiza sob o ângulo da macro-economia”⁵⁶.

De fato, a ordem econômica estabelecida na Constituição da República não se compadece com as práticas individualistas, exercidas em detrimento do interesse maior da coletividade, impondo a repressão legal ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao *aumento arbitrário dos lucros*” (cf. art. 173, § 4º).

Com isso, não mais pode subsistir a tensão entre os objetivos públicos do Estado e o ânimo especulativo dos acionistas privados, por ser dever de todos conformar os seus interesses à função social da empresa⁵⁷.

4.2 O REGIME JURÍDICO PRIVADO

Ao explorar diretamente atividades econômicas, o Estado deve fazê-lo em igualdade de condições com o setor privado.

Essa regra, consagrada na Carta Constitucional de 1967 (art. 170, §2º) e repetida na Constituição Federal de 1988 (art. 173, §1º, II) busca garantir o equilíbrio do mercado, evitando que essa atuação estatal possa representar, de qualquer forma, ameaça aos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

Desse modo, as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias revestem-se de personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se, em suas relações negociais, aos regramentos típicos do setor privado, sem qualquer privilégio de natureza civil, comercial, trabalhista ou tributário.

⁵⁶ LEÃES, Luiz Gastão de Barros, *Direito Comercial*, São Paulo : Bushatsky, 1976, p. 219

⁵⁷ ASQUINI, Alberto, *ob. cit.* p. 113, acentua que “nesse sentido a empresa corporativa perde aquele caráter individualista e especulativo que tem a empresa na economia liberal, para assumir uma função não somente econômica, mas também política e ética”

Todavia, convém esclarecer que sujeição ao direito privado não exclui a aplicação de normas de direito público. Ao contrário, na própria Constituição é possível se observar a extensão às empresas estatais de disposições peculiares à Administração Pública Direta, a exemplo do que ocorre com a exigência de licitação (art. 173, §1º, III), a contratação de empregados mediante concurso público (art. 37, II), a proibição de acúmulo de empregos e funções (art. 37, XVII), além dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37 *caput*).

À essa interação de normas, ou derrogação parcial do direito comum, é atribuído o caráter híbrido do regime jurídico que, para grande parte dos doutrinadores brasileiros, constitui elemento fundamental na configuração das empresas estatais⁵⁸.

Discorrendo sobre a sociedade de economia mista, MARCIA CARLA RIBEIRO anota que esta entidade situa-se “num campo fronteiro entre o direito comercial e o direito administrativo, submetendo-se ora aos ditames do primeiro, ora ao segundo”⁵⁹. Embora especificamente dirigida às sociedades de economia mista, esta conclusão se estende a todas as empresas estatais, mormente se substituirmos a referência ao “direito comercial” por “direito privado”.

Com muita pertinência, IVO DANTAS destaca que parte da doutrina e jurisprudência trabalhista não assimilou, de forma correta, essa característica e, por isso, tem permitido que, por exemplo, a contratação e a despedida dos empregados das empresas estatais sejam efetivadas com base exclusiva nas leis trabalhistas, sem

⁵⁸ Assim PIETRO, Maria Sylvia Zanella di, *ob. cit.* p. 372 – “Essa derrogação do direito comum pelo direito público existe sempre que o poder público se utiliza de institutos de direito privado; no caso das pessoas jurídicas, essa derrogação é de tal forma essencial que, na sua ausência, não haverá sociedade de economia mista, mas apenas participação acionária do Estado.” Também MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *ob. cit.* p. 104 – “Evidencia-se, assim, que o regime jurídico disciplinador destas entidades da administração indireta é, certamente, peculiar. Aliás, se não apresentasse cunho original em relação às disposições que regem a generalidade das empresas privadas, as sociedades de economia mista e empresas públicas não se constituíam em realidade jurídica distinta de quaisquer outras pessoas mercantis, confundindo-se, *de direito*, com as notórias figuras preexistentes.”

⁵⁹ *Ob. cit.* p. 88

observância aos princípios da impessoalidade e moralidade. No entendimento desse jurista pernambucano, “não se trata (advertimos de logo), evidentemente, de aplicar-se a tais empregados o instituto da *estabilidade*, mas sim, de considerar que o ato que os contratou ou os despediu, sem considerar as formalidades do art. 37, sem aplicar corretamente os princípios que têm uma posição hierarquicamente superior à norma, está eivado de *nulidade*, como tal, passível de controle e que terá de ser reconhecida pela sentença judicial”⁶⁰.

Endossa esse entendimento CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO para quem, relativamente ao quadro de pessoal, o administrador das empresas estatais não goza da mesma liberdade que os dirigentes das empresas privadas, devendo haver sempre fundados motivos para admitir e para demitir os empregados. “É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vingança ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário”⁶¹.

A despeito das dificuldades em torno da aplicação prática desse regime híbrido, a verificação do direito que rege as relações das empresas estatais deve partir sempre do direito privado como regra e do direito público como exceção.

Partindo do pressuposto da auto-aplicabilidade da norma constitucional que estabelece o regime privado para as sociedades de economia mista e empresas públicas, TAVARES BORBA entende revogados todos os dispositivos de lei que, total ou parcialmente, estiverem em descompasso com esse preceito. Para o autor, esta situação se configuraria em todas as hipóteses em que a lei viesse a estabelecer tratamento diferenciado às empresas estatais não correspondentes àqueles previstos na Constituição Federal⁶².

⁶⁰ DANTAS, Ivo, *Direito Constitucional e Econômico – Globalização & Constitucionalismo*, Curitiba : Juruá, 1999, p. 87/88

⁶¹ *Ob. cit.* p. 118.

⁶² *Ob. cit.* p. 459/460.

Nessa toada, esclarece TAVARES BORBA que, assim, estariam tacitamente revogados dos artigos 239, 240 que tratam, respectivamente, da composição e funcionamento do conselho de administração e do conselho fiscal, bem como do artigo 242 que exclui as sociedades de economia mista da falência e estatui a responsabilidade subsidiária do Estado, enfatizando que, no tocante à não sujeição ao processo falimentar, o dispositivo já se apresentava inconstitucional na vigência da Constituição de 1967 e da Emenda 1/69⁶³.

Este posicionamento, todavia, não é unânime.

CARVALHOSA discorda da tese sob enfoque, propugnando pela distinção ente a *natureza* da sociedade de economia mista e o seu *regime funcional*. Sobre a matéria comenta: “Na medida que integra a administração indireta do Estado, a sociedade é uma *entidade de direito público* (art. 37 da CF e Dec.-Lei n. 200). Não obstante, sujeita-se ao regime obrigacional do direito privado, na medida em que opera estritamente através do contrato privado. Daí, em razão de sua *natureza* pública e da sua *função* precipuamente pública é que a lei faz exceção no que respeita aos *efeitos* do contrato privado de que é parte a sociedade de economia mista, e unicamente no que se refere à falência.”⁶⁴

Também RUBENS REQUIÃO, de quem partiu a idéia de disciplinar na Lei 6.404/76 a sociedade de economia mista, despindo-se da argumentação técnica e apelando para razões pragmáticas, sempre defendeu com vigor a exclusão das sociedades de economia mista do processo de falência.

Segundo o saudoso jurista paranaense, “na década de 1950 assistimos, no Paraná, ao fracasso de diversas sociedades de economia mista estaduais, que chegaram a ter títulos protestados, devido à péssima gestão administrativa e financeira. Pouco

⁶³ *Ob. cit.* p. 462. Em idêntica direção aponta MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *ob. cit.* p. 111

⁶⁴ *Ob. cit.* p. 409

faltou para que os credores desesperados lhes pedissem judicialmente a falência.”⁶⁵

A celeuma que se trava em torno da sociedade de economia mista não se dá, todavia, em relação às empresas públicas, pois, a doutrina é uníssona ao apregoar a possibilidade de decretação de sua quebra.

4.3 A EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO

Até a promulgação da Emenda 19/98, não era pacífica a tese de que as empresas estatais se sujeitavam ao princípio da licitação.

Em grande parte, a divergência se devia à omissão do artigo 173 da Constituição Federal acerca do assunto e ao fato de que, para alguns, o disposto no artigo 37 XXI não era aplicável às sociedades de economia mista e empresas públicas, em vista da subordinação destas regime próprio das empresas privadas⁶⁶.

No entanto, hodiernamente, ditos argumentos não mais podem ser sustentados, em vista de prever o artigo 173 §1º, III, de forma expressa, a obrigatoriedade de o estatuto jurídico das empresas estatais disciplinar a “licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

Nessa nova realidade, pode a União, no âmbito de sua competência privativa (art. 22, XXVII), estabelecer normas gerais de licitação diferenciadas para os entes do Estado que atuam no domínio econômico, de modo a conciliar a observância desse procedimento administrativo com o dinamismo exigido pelo mercado, inclusive no tocante à evolução tecnológica, condição *sine qua non* do sucesso empresarial.

Com essa alteração constitucional, o legislador mostrou-se sensível à

⁶⁵ REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, São Paulo : Saraiva, 2000, p. 42

⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto, *ob. cit.* p. 413, confirma este posicionamento: “ Exposta a principiologia e o regramento aplicáveis, é fora de dúvida que não se poderia cogitar da imperatividade de realização de licitação em uma atividade-fim, de natureza empresarial, fruto da atuação constitucionalmente admitida do Estado no domínio econômico.”

necessidade de se garantir a transparência das contratações nas empresas estatais, em vista, inclusive, do capital público nelas investido, sem, contudo, ignorar que as peculiaridades desses entes demandam a instauração de mecanismos mais flexíveis, hábeis a lhes assegurar a competição no mercado em igualdade de condições com a iniciativa privada.

Mas enquanto outra norma não proceder à integração do aludido artigo 173, §1º, III, aplicam-se às empresas estatais as disposições contidas na vigente Lei 8.666/93, com temperamentos que, em algumas circunstâncias, serão imprescindíveis para o cumprimento do seu objeto social⁶⁷.

De toda sorte, independentemente da espécie de procedimento, própria ou prevista na Lei 8.666/93, a licitação só terá lugar quando se tratar de aquisição ou alienação não relacionadas aos atos negociais inerentes ao objeto social da empresa⁶⁸.

Questão de relevo acerca do tema foi enfrentada com percuciência por LUÍS ROBERTO BARROSO. Analisando a formação de um consórcio composto por empresas privadas e pela sociedade de economia mista PETROBRÁS, o jurista concluiu que esta espécie de contrato não se sujeita ao princípio licitatório, por não se enquadrar no conceito de “obra, serviço, compra ou alienação”.

E, trazendo a lume o caráter subjetivo que informa os consórcios, conclui que as regras objetivas da licitação seriam inaplicáveis ao caso, de vez que, “em uma

⁶⁷ BORBA, José Edwaldo Tavares, *ob. cit.* p. 458, manifesta-se pela inconstitucionalidade da Lei 8.666, de 21.06.93: “Essa lei exclui da licitação a venda dos bens produzidos ou comercializados pela entidade em virtude de suas finalidades (art. 17, II, e), o que resolve parte do problema, mas não o elimina, posto que continuaria a sujeitar as compras das empresas a procedimentos nem sempre viáveis. O estatuto das empresas estatais, quando promulgado, regulamentará essa matéria, com base nos princípios gerais da administração pública.”

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *ob. cit.* p. 323 “Logo, nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isto ocorre quando as suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais, correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento expedito da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade.”

associação que tal, não se pode prescindir da *affectio societatis*, elemento indissociável desse contrato, que identifica, em meio a outros aspectos, a *afinidade* entre as partes e a motivação pela qual decidem somar esforços para produzir um resultado de interesse comum”. E finaliza: “Por fim, pode-se afirmar que a afinidade que se pretende com a associação é que vai definir a melhor parceria, e não a licitação, que, frise-se, não é o único meio de se atingir a moralidade e a eficiência na contratação”⁶⁹.

Sem a pretensão de alterar, mas apenas de contribuir para o entendimento esposado acima, impende considerar que, para guardar coerência com a sua razão de existir, as empresas estatais regem-se, primordialmente, pelas normas de direito privado, sendo a sua derrogação por de normas de direito público parcial e apenas nos casos expressamente previstos na própria Carta Magna.

Daí porque a interpretação de dispositivos como este em comento deve ser restritiva, não se podendo utilizar da analogia para estender os seus efeitos aos consórcios ou outras modalidades de contrato nele não expressamente previstos.

4.4 A LIVRE CONCORRÊNCIA

Ao lado da livre iniciativa, a livre concorrência é a expressão máxima do sistema capitalista, podendo se afirmar, até mesmo, que o primeiro seria causa do qual o segundo seria consequência.

Conforme consignado anteriormente, a atuação estatal da economia, seja ela direta ou indireta, fundamenta-se na preservação do mercado e na conseqüente necessidade de se coibir práticas abusivas que, de qualquer modo, venham a abalar o seu equilíbrio das relações econômicas.

Nesta perspectiva, cabe de antemão salientar que o ordenamento jurídico brasileiro não veda o poder econômico, ou seja, o *status* do empresário que ostenta posição destacada no mercado nacional, mas proíbe, isto sim, é o prevalecimento dessa

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto, *ob. cit.* p. 415/417.

condição com o fim deliberado de suprimir a competitividade, em detrimento do consumidor⁷⁰. Isto é o que se deflui da própria Constituição Federal que, praticamente, institucionalizou o poder econômico quando, em seu artigo 173, §4º, consignou que a repressão legal recairá somente sobre o seu *abuso*.

Mas, para se tenha noção exata do preceito, impõe-se, antes, uma investigação de conceito de concorrência.

Em termos econômicos, concorrência traduz “situação do regime de iniciativa privada em que as empresas competem entre si, sem que nenhuma delas goze de supremacia em virtude de privilégios jurídicos, força econômica ou posse exclusiva de certos recursos”⁷¹

Reportando-nos ao conceito retro, identificamos elementos que identificam não só as empresas privadas, mas as empresas estatais que exploram atividade econômica.

A partir desta constatação, o princípio da livre concorrência há que ser enfocado sob três diferentes ângulos – o primeiro relativo à ação reguladora do Estado que, através de mecanismos legislativos, intervém para corrigir os desvios do mercado; o segundo correspondente à ação do Estado que, também para corrigir os desvios do mercado, lança mão de meios empresariais para alcançar este objetivo; e, o terceiro concernente ao dever que tem o Estado de respeitar tal princípio na sua própria atuação empresarial.

Nos dois primeiros casos o Estado atua na proteção da norma não passo que no último atua sob o influxo dela.

Logo, com referência às empresas estatais que exploram atividade econômica, o princípio da livre concorrência ao mesmo tempo em que autoriza, limita

⁷⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e, *Direito Constitucional Econômico*, São Paulo : LTr, 2001, p. 176 acentua que, segundo a Constituição de 1988, “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores, não caracteriza o ilícito referente ao domínio de mercado relevante de bens ou serviços.”

⁷¹ SANDRONI, Paulo, *apud* SILVA NETO, Manoel Jorge e, *ob. cit.* p. 174.

a atuação do Estado na esfera econômica.

E, exatamente por constituir a livre concorrência também uma limitação ao Estado empresário, não se afigura coerente admitir que a *participação* estatal de que trata o artigo 173 da Constituição Federal possa ser exercida em caráter monopolístico.

EROS GRAU exprime orientação contrária, sustentando que o dispositivo não confere apenas a possibilidade, “mas até mesmo a imperiosidade, de a exploração direta da atividade, na hipótese de imperativo de segurança nacional – então definida por lei federal – ser empreendida em regime de monopólio”⁷².

Mais uma vez pedindo vênias ao jurista de cujos ensinamentos muito nos valem no curso deste trabalho, entendemos que a presente proposta não se coaduna com a orientação que ele mesmo propugna para interpretação da ordem econômica e social. Se a Constituição Federal institucionaliza o capitalismo, conferindo à iniciativa privada a primazia na exploração das atividades econômicas, todas as normas que excepcionam esta prerrogativa devem ser interpretadas com a devida restrição.

Finalmente, para guardar coerência com as idéias desenvolvidas anteriormente, em especial no tocante à excepcionalidade da atuação empresarial do Estado, cumpre esclarecer que o monopólio pode ocorrer circunstancialmente, quando, por exemplo, a criação de uma sociedade de economia mista ou empresa pública tem por objetivo suprir a ausência de oferta de determinado produto ou serviço pela iniciativa privada. Porém, a nosso ver, inexistente embasamento jurídico suficientemente sólido para impedir que, nessa situação, uma empresa particular venha a operar no mesmo ramo de atividade das empresas estatais.

⁷² GRAU, Eros Roberto, *ob. cit.* p. 308. Reconhecendo a controvérsia que suscita sua opinião, o autor trata logo de refutar os possíveis argumentos contrários, pontificando: a) o fato de se sujeitarem as empresas estatais às normas de direito privado não invalidaria a tese, pois este regime se aplica inclusive às empresas que, por disposição expressa da CF (art. 177), atuam em monopólio; b) o princípio da livre iniciativa não poderia ser invocado na hipótese em exame, porquanto a parte final do art. 170 da CF (“nos casos previstos em lei”) se reportaria à exceção do monopólio no art. 173 do mesmo diploma.

5 CONCLUSÃO

A atuação do Estado na economia é fundamental para a manutenção do equilíbrio do mercado e, por conseguinte, para a preservação do sistema capitalista.

A Constituição Federal de 1988 institucionalizou o capitalismo ao estatuir a primazia da livre iniciativa e da livre concorrência, sendo, portanto, esta a premissa que deve orientar a interpretação dos dispositivos atinentes à ordem econômica e social.

Em sua atuação na economia, o Estado pode lançar mão de suas prerrogativas de agente regulador, expedindo normas restritivas ao setor privado, agente planejador, buscando estabelecer um plano de metas para o setor público com vistas a corrigir eventuais distorções do mercado, e, de agente econômico ou empresário, *participando* de atividade cuja preferência é deferida, constitucionalmente, aos particulares.

Restringindo-se o universo deste trabalho à análise da *participação*, ou seja, à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, cumpre consignar que o próprio texto constitucional cuida de estabelecer os limites dessa atuação os quais podem ser assim sintetizados:

1. Para efeitos do 173 da Constituição Federal, que regula a atividade empresarial do Estado, a expressão atividade econômica deve ser aferida em sua acepção estrita, de modo a abarcar apenas a produção de bens e serviços para o mercado, excluídos, daí os serviços públicos.
2. Esta modalidade de atuação estatal somente é autorizada quando presentes imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo que deverão ser definidos por lei federal, no primeiro caso, e federal ou estadual no segundo. E, mesmo assim, somente será facultado ao Estado o exercício da atividade empresarial quando se constatar que a incapacidade do setor privado para atuar nas situações descritas.
3. Para explorar atividades econômicas estrito senso, o Estado se utiliza das

sociedades de economia mista, das empresas públicas e de suas subsidiárias cuja criação dependerá de autorização legal. As autarquias e fundações públicas, pela sua natureza, não podem desempenhar semelhante função.

4. Ao optar pela sociedade de economia mista, o Poder Público observará, quanto à sua constituição e funcionamento, o modelo das sociedades anônimas, disciplinado pela Lei 6.404/76. Quando a escolha recair sobre a empresa pública, o Estado poderá optar por qualquer forma societária ou adotar um modelo inédito. Em qualquer caso, o exercício da atividade empresarial sofrerá as restrições e condicionamentos também dessa legislação infra-constitucional que regerá um ou outro tipo de empresa estatal.
5. Todas as empresas sob controle do Estado que desenvolvem atividade econômica, ainda que não se enquadrem na definição legal de sociedades de economia mista, empresas públicas ou subsidiárias destas, submetem-se às restrições impostas tanto pelo artigo 173 da Constituição Federal quanto pelas leis correspondentes aos tipos societários por elas adotados.
6. A exemplo das empresas privadas, as empresas estatais devem direcionar suas atividades para o cumprimento de sua função social, a qual se traduz, em apertada síntese, na busca do equilíbrio econômico e da justiça social. Nessa medida, o lucro jamais deverá ser⁷⁷ perseguido prioritariamente pelas empresas estatais, podendo, sim, ser focado apenas sob o viés de resultado provável da atividade empresarial.
7. Como mecanismos de atuação direta do Estado na seara econômica, as empresas estatais observarão o regime de direito privado nas suas relações jurídicas. A derrogação parcial das normas de direito comum somente terá lugar nas hipóteses expressamente contempladas na Constituição Federal.
8. As sociedades de economia mista, empresas públicas e suas subsidiárias

sujeitam-se ao princípio da licitação nos contratos concernentes a obras, serviços, compras e alienações. Todavia, o estatuto jurídico dessas empresas deverá delinear um procedimento próprio, mais flexível que o atualmente descrito na Lei 8.666/93, compatibilizando essa exigência com as peculiaridades do mercado, de forma a resguardar o cumprimento da finalidade que ensejou a opção do Estado pela atuação direta na economia.

9. No desenvolvimento da atividade empresarial, o Estado está jungido à observância do princípio da livre concorrência, sendo-lhe vedadas quaisquer práticas tendentes a suprimir a competitividade com o setor privado.

6. BIBLIOGRAFIA

ASQUINI, Alberto. *Perfis da Empresa*. Revista de Direito Mercantil, 104:109.

BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001

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

BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976*. São Paulo : Saraiva, 1998.

DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico*. Curitiba : Ed. Juruá, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2001

_____. *Lucratividade e Função Social nas Empresas sob Controle do Estado*. Revista de Direito Mercantil, 55:38

LEÃES, Luiz Gastão de Barros. *Direito Comercial – Textos e Pretextos*. São Paulo : Bushatsky, 1976

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1996

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Atuação do Estado no Domínio Econômico*. Revista de Direito Administrativo Aplicado. São Paulo, v.1, p.681/701, 1994.

_____. *O Estado e a economia na Constituição de 1988*. Revista de Informação Legislativa. a. 26, n. 102, abr/jun 1989

_____. *Intervenção do Estado no Domínio Econômico*, Boletim de Direito Administrativo. Ago/96, p. 508/512

MUKAI, Toshio. *A Administração Pública na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo : Saraiva, 1989.

PAIVA, Alfredo de Almeida, *As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, edição histórica, 1995.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*, 12ª ed. São Paulo : Atlas, 2000.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol.I e II. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Sociedade de Economia Mista & Empresa Privada – Estrutura e Função*. Curitiba : Juruá, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo : LTR, 2001

VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 1ª Ed. Rio de Janeiro : Forense, 1992

VITTA, Heraldo Garcia. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mistas em face do art. 173 da Constituição*. Revista Trimestral de Direito Público, 10:201, 1995

WALD, Arnoldo. *O Espírito Empresarial, a Empresa e a Reforma Constitucional*. Revista de Direito Mercantil. Rio de Janeiro, v. 80, p.51/57, 1995.

_____. *As Sociedades de Economia Mista e a nova Lei das Sociedades Anônimas*. Revista Forense, 268:395

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05 de outubro de 1988, 18.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. *Código Comercial*. De 25.06.1850, 43.ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Lei 6.404, de 15.12.76. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial da União, Brasília, suplemento, 17.12.76.