

IV PRÊMIO DEST/MP DE MONOGRAFIAS – ESTATAIS

**A ATIVIDADE DA EMPRESA ESTATAL COMO BALIZA DE DELIMITAÇÃO DE
SEU REGIME JURÍDICO**

ANDERSON JÚNIO LEAL MORAES

RESUMO

O presente trabalho dirige-se a dissertar sobre os regimes jurídicos das empresas estatais no Brasil, fincando-se na classificação que lhes divide segundo o critério de sua atividade. Assim, tem-se empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Para tanto, a monografia examina a ordem econômica estabelecida na Constituição da República de 1988, além da estrutura constitucional e infraconstitucional conferida à Administração Pública. Ademais, analisa conceitos e noções do que se entende por atividade econômica em seu sentido amplo e estrito, bem como serviço público, além da correlação de todos com o interesse público. Firmado nesses pressupostos, o estudo cuida de delimitar o natural estatuto de cada espécie, dissecado nos níveis estrutural, funcional interno e funcional externo, conforme sugestão de Eros Roberto Grau, em cada qual se fará dosagem de direito público e de direito privado, no caminho de definir o tratamento dado às empresas estatais.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	3
2 – CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS	6
2.1 – Quanto à constituição do capital	7
2.2 – Quanto à atividade	9
2.2.1 – <i>A ordem econômica na Constituição da República de 1988</i>	10
2.2.2 – <i>Serviços públicos na Constituição da República de 1988</i>	13
2.2.3 – <i>Empresas estatais prestadoras de serviço público</i>	15
2.2.4 – <i>Empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito</i>	17
2.2.5 – <i>Outras espécies?</i>	20
<u>2.2.5.1 – Empresas estatais exploradoras de atividade monopolizada</u>	20
<u>2.2.5.2 – Empresas estatais prestadoras de serviços de apoio administrativo</u>	22
3 – ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO AMPLO, ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E SERVIÇO PÚBLICO	25
3.1 – Atividade econômica em sentido amplo	25
3.2 – Atividade econômica em sentido estrito	26
3.3 – Serviço público	28
3.3.1 – <i>O que não é serviço público</i>	28
3.3.2 – <i>O que é serviço público</i>	31
3.3.3 – <i>Serviço público de apoio administrativo</i>	37
4 – REGIMES JURÍDICOS DAS EMPRESAS ESTATAIS	41
4.1 – Regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito	43
4.2 – Regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público	46
4.3 – O problema da “impureza” das atividades	50
5 – CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	56

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho cuida de discorrer a respeito dos estatutos ou regimes jurídicos nos quais se ajustam as empresas públicas e sociedades de economia mista brasileiras. De pronto, cabe explicar que, conforme feito por Eros Roberto Grau (2003, p. 100-105) e já observado no título deste estudo, adota-se a expressão “regime jurídico” no plural para que logo fique estampado posicionamento contrário à unicidade de regime sugerida pelo Decreto-lei nº 200/1967. Assim, o trabalho demonstrará a existência de dois regimes jurídicos distintos.

Também se explique que, neste trabalho, as empresas públicas e sociedades de economia mista serão chamadas tão-somente de “empresas estatais”, expressão a designar o gênero das espécies anteriores – classificadas conforme a forma de constituição de seu capital – e também das espécies “prestadora de serviço público” e “exploradora de atividade econômica” – classificadas conforme sua atividade –, de acordo com exposições a serem realizadas. A expressão é adotada em reconhecimento a seu uso comum e também por sugestão de autores tais como Hely Lopes Meirelles (2001, p. 340), Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 374), Odete Medauar (2001, p. 97), Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 177), e Eros Roberto Grau (2003, p. 100), diversamente de Toshio Mukai, que usa “empresas do Estado” como gênero e “empresas estatais” como a espécie exploradora de atividade econômica (2004, p. 148).

Destarte, o art. 966 do Código Civil dispõe que empresário é aquele que, profissionalmente, exerce atividade econômica para produção ou circulação de bens ou serviços. Depreende-se, então, e de acordo com o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho (2007, p. 63) e Fran Martins (2003, p. 10), que empresa é a organização de atividade econômica para produção ou circulação de bens ou serviços, ou, dito de outro modo, é simplesmente a organização de atividade econômica – expressão que subentende produção ou circulação e que engloba tanto a prestação de serviço público quanto a atividade econômica em sentido estrito, como veremos. Empresa estatal, por sua vez, é a organização de atividade econômica realizada pelo Estado (CRETILLA JR., 1990, p. 295).

No Brasil, as empresas estatais são experiência largamente promovida pelo Estado, desenhando um universo amplo e variado, que vai de hospitais à indústria bélica, de empresas detentoras de marcas internacionalmente fortes a outras cujo nome já foi ouvido por pouquíssimos cidadãos. A vastidão de atuação dessas empresas, no âmbito federal, estadual

ou municipal, é facilmente vislumbrada na experiência do cidadão comum, que sucessivas vezes percebeu ou perceberá a sua presença, ou mesmo a sua ausência.

Entretanto, não são claros os regimes jurídicos a que estas empresas se submetem, considerado o peculiar hibridismo de direito público e direito privado a regulamentar suas atividades, necessários cada um em dosagem ora forte, ora fraca. Considerada, portanto, essa incursão do Estado – regido tipicamente pelo direito público – em um universo de organização empresarial – regido tipicamente pelo direito privado –, para otimização na prestação de serviços públicos ou para intervenção na ordem econômica, há de se buscar entender de que modo as empresas estatais são alcançadas pelos institutos de vários ramos do direito, tais como o direito administrativo, o direito do trabalho, o direito empresarial, o direito econômico e o direito tributário.

Identifica-se, portanto, a necessidade de um esforço multidisciplinar na direção de sistematizar as espécies de empresas estatais e apontar-lhes a medida de direito privado e de direito público, conforme as linhas expressa ou principiologicamente traçadas pela Constituição da República de 1988, parca e imprecisamente observadas pela legislação infraconstitucional, além de ampla e acirradamente debatidas em jurisprudência e doutrina, conforme anunciado por Toshio Mukai:

São tantas as posições, são de tal sorte as manifestações contraditórias a respeito dela, que desconfiamos mesmo que a razão da abundante literatura produzida sobre a empresa do Estado resida exatamente na perplexidade que causou ao jurista do nosso tempo essa figura híbrida, que se presta a tantos papéis e que a nenhum tem correspondido com integral satisfação. (2004, p. 155)

Assim apresentado o tema, cumpre de pronto delinear o plano do trabalho. Pois então, no capítulo seguinte se cuidará de explorar os mais relevantes critérios de classificação que se tem dentre as empresas estatais, a saber, quanto à constituição do capital (empresas públicas e sociedades de economia mista) e especialmente quanto à atividade (prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica em sentido estrito). A título de aprofundamento deste último critério, escrever-se-á ainda sobre a ordem econômica, inclusive sobre serviços públicos, a partir do disposto na Constituição da República de 1988.

No capítulo 3 se comentará a respeito de atividade econômica em sentido amplo e duas de suas subespécies – a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. É objetivo desse capítulo deixar claro que a exploração de atividades econômicas em sentido estrito – que não são serviço público – também é de interesse público – assim como o serviço público –, ainda que realizado por particulares sem participação do Estado. Destarte, é de

grave importância que se assegure a livre iniciativa e a livre concorrência, limitada a atuação estatal às exceções do artigo 173 da Constituição da República de 1988. Ademais, a noção de serviço público, objeto de vastíssima discussão no direito administrativo, merecerá cuidado na direção de se tentar indicar o que é e o que não é serviço público. Exposta a noção de serviço público, será possível, por via residual, apontar o que são as atividades econômicas em sentido estrito, reservadas constitucionalmente à iniciativa privada.

No quarto capítulo ficará demonstrada a importância do estudo realizado nos anteriores, pois a partir dele se trabalhará para erigir os regimes jurídicos das empresas estatais, de acordo com suas peculiaridades. Assim, chegaremos a uma contribuição na direção de delimitar um regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público e um regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito.

Finalmente, na Conclusão será feita uma breve defesa de um prudente diálogo entre o direito público e o direito privado, evitando o equívoco de concepções extremadas que não trabalham para o deslinde do problema. O tema necessita ser tratado conforme a tendência contemporânea de sinergia entre os ramos do direito, todos a partir da Constituição da República de 1988.

2 – CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS

A despeito de algumas características serem comuns a quaisquer espécies de empresas estatais, tais como a autorização legal como condição para o seu nascimento, há diversas outras que permitem – e reclamam por – classificações para fins de sistematização do tema. Desse modo, na doutrina encontra-se o largo e comum uso de dois critérios para categorização, quais sejam, a constituição do capital da empresa – que permitirá dividir as estatais entre empresas públicas e sociedades de economia mista –, e sua atividade – que possibilitará separá-las entre as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito¹ e as prestadoras de serviço público.

Ambos os critérios de classificação serão expostos abaixo, mas, antes de assim proceder, importa mencionar pelo menos um terceiro outro, este apresentado perspicazmente por Marçal Justen Filho (2005b, p. 110-111), mas que não será explorado neste trabalho por guardar menor pertinência ao tema, bem como por ser de mais fácil apreciação. Trata-se de critério criado pela Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a repartir empresas estatais entre aquelas que são financeiramente dependentes do ente ao qual se vinculam e outras que são independentes. Em conformidade com o inciso III do artigo 2º dessa Lei, é dependente a empresa estatal que “receba do ente controlador recursos financeiros para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio em geral ou de capital, excluídos, no último caso, aqueles provenientes de aumento de participação acionária”. Por fim, cumpre tão-somente comentar que as independentes não se encontram sujeitas à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Ressalte-se que, no presente trabalho, não se tem a intenção de fincar critérios de classificação como superiores a quaisquer outros, mas sim tomá-los como baliza de uma compreensão científica acerca das entidades observadas, pois, na direção do registrado por Eros Roberto Grau, as classificações “não são verdadeiras ou falsas, porém úteis ou inúteis. Prestando-se uma delas a apresentar ou representar determinado objeto de modo a torná-lo compreensível, nos aspectos que se queira indicar, útil resultará.” (2003, p. 82)

Segue-se, então, explanação acerca da classificação quanto à constituição do capital e quanto à atividade das empresas estatais.

¹ Explicar-se-á o porque do “sentido estrito” no subcapítulo 3.1.

2.1 – Quanto à constituição do capital

O modelo de divisão da Administração Pública conforme ainda hoje se usa é fruto da organização empreendida pelo Decreto-lei nº 200/1967, que, fundado na idéia de descentralização, afirmou a existência de uma Administração Direta e de uma Administração Indireta, esta formada pelas autarquias, fundações públicas e empresas estatais. Muito embora tenha se referido tão-só à Administração Federal, tornou-se o Decreto-lei parâmetro doutrinário a fim de decompor igualmente a Administração Estadual, Municipal e Distrital, isto é, a Administração do Estado como um todo. De igual modo, a Constituição da República de 1988 terminou por repetir a fórmula do Decreto-lei nº 200/1967 no *caput* de seu artigo 37, referindo-se, ao contrário daquele, a todos os entes da Federação.

Nessa direção, trata-se a Administração Direta daquela ligada a pessoas jurídicas de direito público situadas no ápice da organização administrativa do Estado fundado pela Constituição, de tal forma que se pode dizer que “a Administração Direta é uma manifestação estatal produzida em nível constitucional” (JUSTEN FILHO, 2005b, p. 101). Corresponde, portanto, à estrutura administrativa que, embora possa ser desconcentrada em órgãos, encontra-se no corpo do ente federativo, pessoa jurídica representada pelo Chefe do Poder Executivo.

Já a Administração Indireta corresponde a um processo de descentralização das atividades administrativas dessa manifestação constitucional, destinado a racionalizar o funcionamento do Estado através da outorga de atribuições a outras pessoas jurídicas criadas não pela Constituição, mas, com autorização desta, pela vontade legislativa infraconstitucional (JUSTEN FILHO, 2005b, p. 101), as quais podem ser, de acordo com Decreto-lei nº 200/1967, autarquias, fundações ou empresas estatais, todas com personalidade jurídica própria e inconfundível com a do ente ao qual se vinculam.

Com efeito, outro trabalho do Decreto-lei nº 200/1967 foi consolidar classificação das empresas estatais em empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, através das imperfeitas e criticadas definições recebidas pelo diploma legal, dividem-se por via de critério ligado à constituição do capital que lhes é dedicado – se é integralmente público ou majoritariamente público, com minoria privado.

As empresas públicas têm seu capital composto apenas por recursos públicos, sem concorrerem outros de origem privada², oportunidade na qual o Estado se apresenta como único controlador e investidor. Ressalte-se, entretanto, que não necessariamente é unipessoal a empresa pública, ou seja, em que pese a impossibilidade do ingresso de recursos privados, podem comungar capital de diferentes entes ou entidades, mesmo em diversos âmbitos federativos, circunstância em que os recursos permanecem sendo públicos.

De outro lado, nas sociedades de economia mista, como o nome já se encontra a relevar, misturam-se em seu capital recursos de origem pública e privada, conquanto a quantidade majoritária das ações com direito a voto seja pública.

Há autores, como José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 405) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 380), que categorizam empresas estatais conforme a forma jurídica que lhes é possível adotar, entendida esta como uma daquelas expressamente previstas dentre os artigos 997 a 1.141 do Código Civil. Entende-se, porém, que a possível forma jurídica é mera consequência do enquadramento feito por via do critério de classificação referente à constituição do capital, mas não um outro critério.

Nesse sentido, tem-se que as empresas públicas podem adotar qualquer forma em direito admissível, conforme autoriza o inciso II do artigo 5º do Decreto-lei nº 200/1967. Em se tratando da União, dentre cujas competências legislativas se inclui a relativa ao direito comercial, entende-se que a lei pode autorizar a criação de empresa pública criando para ela forma jurídica diversa das já previstas nos sobreditos artigos do Código Civil. Tal possibilidade não se estende aos outros entes da Federação, visto que lhes é ausente a competência.

De outra sorte e por imposição legal, as sociedades de economia mista estão obrigadas a adotar unicamente a forma de sociedade anônima, conforme regulamentada pela Lei nº 6.404/76, a partir do que têm seu capital dividido em ações que, com direito a voto, pertencerão em sua maioria a ente ou entidade da Administração Pública.

Como visto, esta classificação das empresas estatais de acordo com a constituição de seu capital, da qual decorre, inclusive, a forma jurídica que podem adotar, é muito mais interessante ao direito empresarial do que ao direito administrativo. Entendemos que a

² A rigor, existe uma hipótese de capital privado em empresa pública. O Decreto-lei nº 900/1969, em seu artigo 5º, prevê que, desde que a maioria do capital votante permaneça de propriedade da União, poderá ocorrer participação de outras pessoas jurídicas de direito público interno ou de entidades da Administração Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Ora, na Administração Indireta se incluem as sociedades de economia mista, que possuem capital parcialmente privado. Então, sendo permitido que uma sociedade de economia mista participe do capital de uma empresa pública, há de se concluir que por essa via é possível o ingresso de capital privado nessa espécie de estatal.

classificação elaborada pelo Decreto-lei nº 200/1967, e à qual boa parte da doutrina e jurisprudência equivocadamente se ateve com exclusividade, conforme denuncia Toshio Mukai (2004, p. 168), deve ceder em ordem de relevância à classificação que tome por critério as atividades da entidade.

Nessa direção, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 183) apóia que se dê devida importância a essa classificação para que se flexibilize a aplicação do direito privado, definindo que empresas estatais, conforme seu enquadramento, receberão influência maior ou menor do direito público.

Ocorre que separar tais entidades entre empresas públicas e sociedades de economia mista não ajuda a definir o seu regime jurídico, conforme é o objetivo deste estudo, que, conforme logo se verá, só será alcançado a partir da divisão das empresas estatais conforme a sua atividade.

2.2 – Quanto à atividade

Embora o assunto tenha sido negligenciado pelo Decreto-lei nº 200/1967, é certo que vem sendo discutido o tema referente à natureza das atividades assumidas pelo Estado antes mesmo que se pudesse pensar em dividir empresas estatais nos moldes do feito acima. Na história, diz-se na doutrina (CRETELLA JR., 1990, p. 329) que o debate se solidificou a partir do fato conhecido como o “Caso da Balsa de Eloka”. Explica-se: no ano de 1921, uma balsa que fazia o transporte de pessoas e veículos naufragou na Lagoa de Eloka, Costa do Marfim, quando este país era colônia francesa. O proprietário de um veículo reivindicou indenização pelo ocorrido em tribunal civil. Por sua vez, o governador da colônia alegou tratar-se o caso de competência da jurisdição administrativa³, por referir-se a serviço público. Em resposta, julgou-se que, quando a colônia explora serviço de transporte nas mesmas condições que um particular, na ausência de lei, atrai a competência da autoridade judiciária, pois atua em atividade que não é de sua essência, arriscando-se em campo de iniciativa privada.

Em que pese o desfecho ter ocorrido a partir de uma idéia muito restrita de serviço público – decerto hoje não adotada, pelo menos no Brasil –, a excluir transporte coletivo,

³ Lembre-se que, na França, os litígios contra a Administração Pública são apreciados por uma jurisdição administrativa, inconfundível com o judiciário comum e encabeçada pelo Conselho de Estado.

causou o evento um proveitoso incitamento para que se discutisse a natureza das atividades estatais.

Assim, pode se dividir a atuação do Estado entre aquilo que é de sua essência e aquilo que não é, ou seja, entre o que é prestação de serviço público e o que é exploração de atividade econômica em sentido estrito, distinção a que o Decreto-lei nº 200/1967 não deu importância, mas a Constituição da República de 1988 sim.

2.2.1 – A ordem econômica na Constituição da República de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, muito embora desse modo não se pronuncie, elege, basicamente, uma opção capitalista (SILVA, 2005, p. 799), vez que abriga princípios ligados à ordem econômica assim característicos, quais sejam, a propriedade privada, a livre concorrência e a livre iniciativa, esta última objeto do parágrafo único do artigo 170, a prescrever que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Desse modo, funda-se a ordem econômica brasileira num preceito de cunho capitalista-liberal a proteger o direito dos particulares de se dedicarem por conta própria à organização de atividades voltadas à produção ou circulação de bens ou serviços, circunstância em que os indivíduos, pela via do seu próprio interesse na recompensa que receberão, voltam-se a cumprir os anseios de consumo e desenvolvimento da coletividade. A proteção à livre iniciativa conferida pela Constituição da República de 1988, na esteira do fenômeno observado por Adam Smith (1996), paradoxalmente presta-se a proteger o interesse de toda a sociedade na medida em que os indivíduos perseguem seus interesses exclusivos, de acordo com o explicado por Robert Heilbroner: “acontece, em primeiro lugar, porque o interesse próprio age como um poder orientador para dirigir os homens a qualquer trabalho que a sociedade esteja disposta a recompensar” (1996, p. 55). Assim, conforme o próprio Adam Smith em uma de suas mais conhecidas citações, diz-se que:

Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Dirigimo-nos não à sua humanidade, mas à sua auto-estima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles. (SMITH, 1996, p. 70)

Exposto isso, vê-se que a idéia “pura” de livre iniciativa traduz não apenas a desnecessidade de intromissão do Estado, mas a vedação de que o faça, sob pena de desarmonizar o arranjo auto-regulado pelo mercado. Entretanto, as alterações que se sucederam das observações de Adam Smith até os dias de hoje – quando já se registrou diversa sorte de acontecimentos históricos que alteraram o rumo das civilizações, tais como a Revolução Industrial e as duas Grandes Guerras – terminaram por fragilizar a sustentabilidade de um modelo econômico sem qualquer espécie de interferência estatal.

O mundo funciona, realmente, deste jeito? Funcionou no tempo de Adam Smith, num grau bastante real. [...]
E hoje? O mecanismo competitivo do mercado ainda opera?
Não é possível dar uma resposta simples a esta pergunta. A natureza do mercado mudou muito desde o século dezoito. Não vivemos mais em um mundo de competição atomista no qual homem nenhum podia se atrever a nadar contra a correnteza. (HEILBRONER, 1996, p. 57-58)

O fato é que, como prova de desconfiança em relação à harmonia do mercado, mesmo os países de forte tradição não-intervencionista (dentre os quais não se inclui o Brasil, mas sim os Estados Unidos, por exemplo) acabaram por criar mecanismos pelo emprego dos quais o Estado pode intervir no campo de livre iniciativa dos particulares. Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 72) afirma que países subdesenvolvidos, como o Brasil, necessitaram de intervenção estatal também por outros motivos, como os baixos níveis de capitalização e de poupança, que impediram a formação de massas de capitais necessárias a maiores investimentos econômicos. Em resumo, de acordo com Roberto Ribeiro Bazilli, “o Estado Liberal, onde não se falava de iniciativa estatal, salvo a relacionada exclusivamente com a manutenção de ordem e de segurança, cede lugar ao Estado intervencionista” (1994, p. 11).

Nesse caminho, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 174, afirma que o Estado é agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Ademais, seu artigo 173 prevê hipótese de intervenção mais drástica, permitindo ao Estado invadir o campo de iniciativa dos particulares e explorar, por conta própria, atividade econômica, quando assim for necessário aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. E ainda aqui, no artigo 173, especificamente em seu § 1º, encontra-se a previsão constitucional para que empresas estatais explorem atividade econômica em sentido estrito.

Note-se, entretanto, que o Estado, quando se insere no mercado como se fosse um particular, abraçando atribuições que não são de sua essência, iguala-se aos indivíduos,

abandonando as prerrogativas – pelo menos as que, para tanto, forem necessárias – que lhe conferem a qualidade de soberano, com fins a não desprezitar a livre iniciativa, comentada acima, e seu corolário, a livre concorrência, e mais ainda, o princípio da igualdade. Para tanto, a Constituição da República de 1988 estabelece que as empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito estarão submetidas ao mesmo regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Portanto, há de se concluir que, às empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, é vedada a concessão não só de privilégios fiscais, como o faz o § 2º do artigo 173, mas de qualquer privilégio que venha a permitir vantagem na concorrência frente às empresas da iniciativa privada. Assim, conforme Toshio Mukai, “estas normas de direito privado se impõem aqui, em face do princípio da igualdade econômica, postulado inspirado no princípio geral da igualdade de todos perante a lei” (2004, p. 149), e ainda, “não é que a Administração renuncie à sua posição de privilégio. É que sua submissão ao direito privado é, antes de mais nada, necessária” (2004, p. 150).

Ademais, o salto em direção ao direito privado também se dá para que o “Estado-empresário” se esquive, embora não de modo completo, do sistema administrativo menos dinâmico do qual cuida o direito público. Se, por um lado, protegidas pelas prerrogativas do direito público, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito estariam em condição privilegiada de concorrência, por outro, presas completamente às sujeições do regime publicista, estariam em desvantagem concorrencial frente a empresas privadas e, por conseguinte, incapacitadas de realizar intervenção eficaz na ordem econômica, o que implicaria descumprimento de sua finalidade.

Por fim, o que se afigura incoerente na Constituição da República de 1988 é a fixação de competência do Judiciário Federal em casos no qual se envolve empresa pública federal, conforme consta de seu artigo 109, inciso I. Entende-se inadequado o critério adotado, vez que visa a proteger empresas públicas pela única razão de nelas ter a União aplicado recursos integralmente. Em outras palavras, protege melhor o dinheiro da União do que os serviços públicos prestados pela mesma. Ademais, ao assim fazer de modo amplo – sem excluir exploradoras de atividade econômica em sentido estrito –, cria privilégio injustificável em favor das empresas públicas federais desta espécie (algumas fortemente presentes no mercado, como a Caixa Econômica Federal), contrariando a idéia de igualdade de condições entre o setor público e o privado quando atuam no mercado. Ainda que se diga que a presente vantagem não é uma daquelas vedadas pelo artigo 173, nada justifica que casos a respeito de empresas da iniciativa privada situem-se no âmbito de competência do Judiciário Estadual e

outros casos, em que se encontre envolvida uma empresa pública federal – sua concorrente –, sejam de competência do Judiciário Federal. De toda forma, é este o mandamento constitucional e até que se lhe modifique – porquanto em nosso ordenamento não há normas constitucionais inconstitucionais – situa-se no campo da validade jurídica.

2.2.2 – Serviços públicos na Constituição da República de 1988

Ora, é de se imaginar que, tendo o enfraquecimento do liberalismo econômico permitido ao Estado assumir papéis que outrora não lhe eram dedicados, o âmbito de atividades consideradas essenciais à sociedade, e, destarte, prestadas pelo poder público, se alargou. Quando se cria plenamente na harmonia do mercado, creditava-se ao Estado a função mínima de manter as coisas como já se apresentavam, cumprindo-a por meio da prestação de um diminuto rol de serviços públicos. Esta lista, à medida que o decorrer da história provocou desconfiança acerca da suficiência da iniciativa privada, foi se ampliando e reservando ao Estado competências várias.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988, assim como o fez quanto à ordem econômica, tratou de discorrer a respeito dos serviços públicos, estes assumidos pelo Estado por serem considerados pelo Poder Constituinte demasiadamente caros ao interesse público. Isso não quer dizer, entretanto e conforme já se viu, que o exercício de atividades econômicas em sentido estrito por particulares não se dirige a cumprir o interesse público. Quer dizer tão-somente que, do mesmo modo que se entendeu que a maioria das atividades, para melhor observar o interesse público, deveriam ser objeto de atenção da iniciativa privada, uma minoria delas, em função de algumas peculiaridades correlatas à sua natureza, deveriam ter sua titularidade reservada ao Estado⁴, pois, do contrário, vislumbrar-se-ia possibilidade de mau atendimento ao interesse público. Optou a Constituição da República de 1988, portanto, por não submeter algumas atividades à livre vontade do interesse privado.

Do exposto, é certo que a titularidade dos serviços públicos pertence ao Estado, o que não pode, todavia, ser interpretado como total exclusão do capital privado, vez que, de acordo

⁴ Entretanto, observe-se que nem todos os serviços públicos são de titularidade exclusiva do Estado, pois, por exemplo, saúde e educação também são livres aos particulares, conforme se lê dos artigos 199 e 209 da Constituição da República. Anote-se a divergência doutrinária: Celso Antônio Bandeira de Mello (1979, p. 26; 2005, p. 653) entende que, quando prestados pela iniciativa privada, tais serviços não podem considerados públicos. Por sua vez, Eros Roberto Grau (2003, p. 105-106) critica tal conclusão e afirma que são serviços públicos independentemente de quem os execute.

com o artigo 175 da Constituição da República de 1988, podem tais serviços ser prestados pelo poder público, na forma da lei, *diretamente ou sob regime de concessão ou permissão*. A Constituição da República abre, portanto, oportunidade para que particulares, mediante concessão ou permissão, sejam coadjuvantes do Estado, assim como o Estado, por intermédio de suas empresas estatais exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, mostra-se coadjuvante da iniciativa privada, em ambas as hipóteses a zelar pelo interesse público.

Com efeito, se, de um lado, há atividades reservadas ao setor privado e nas quais, quando assim permitido constitucionalmente, o setor público atua, de outro, há atividades assumidas pelo Estado e nas quais, quando assim permitido constitucionalmente, atuam os particulares. Por isso tem-se dito que as atividades econômicas em sentido estrito são exercidas *preferencialmente* pelos particulares, enquanto os serviços públicos são prestados *preferencialmente* pelo Estado.

Conforme alerta Celso Antônio Bandeira de Mello, “não se deve confundir a titularidade do *serviço* com a titularidade da *prestação de serviço*” (2005, p. 641), pois, quando se diz que é atividade essencial ao Estado, não necessariamente se quer dizer que cumpre exclusivamente ao Estado prestá-la.

Desse modo, os serviços públicos podem ser prestados de três modos: (1) pelo Estado, o próprio titular; (2) por entidades de personalidade jurídica diversa da do Estado, como autarquias ou empresas estatais; (3) finalmente, por particulares, por via de concessão ou permissão dada pelo Estado. Neste último caso, a prestação de serviços públicos pode dar-se até mesmo em regime de competição, quando há mais de um concessionário ou permissionário – muito embora não se possa falar em livre concorrência, pois a prestação ainda não é aberta a quem não receber concessão ou permissão (GRAU, 2003, p. 119) –, a exemplo do que comumente ocorre na navegação aérea, no transporte rodoviário interestadual e internacional, e mais acirradamente na radiodifusão e nas telecomunicações, apontados, respectivamente, na alínea “c” do inciso XII, alínea “e” do mesmo inciso XII, alínea “a” ainda do inciso XII e, finalmente, inciso XI, todos do artigo 21 da Constituição da República.

No ensejo de comentar o artigo 21, importa dizer que em seu bojo arrola serviços públicos reservados à União. Em outros dispositivos constitucionais, encontram-se outros serviços não reservados a ente federativo algum, como os inerentes à seguridade social (artigo 194), relativos à educação (artigo 205), referentes ao desporto (artigo 217) e pertinentes ao meio ambiente (artigo 225) (BAZILLI, 1994, p. 16). Constitucionalmente há ainda prescrições de serviços públicos reservados aos Estados, como os serviços de gás canalizado (parágrafo 2º do artigo 25), e aos Municípios, a exemplo do transporte coletivo local (inciso V

do artigo 30). Ademais, pela via da competência remanescente, se fixa a competência estadual para a prestação dos serviços públicos não reservados à União nem atribuídos aos Municípios pelo critério de interesse local (MEIRELLES, 2001, p. 320).

2.2.3 – Empresas estatais prestadoras de serviço público

Como já se disse, o Estado pode prestar serviços públicos por meio de entidades que, embora ligadas a ele, possuem personalidade jurídica diversa, algo que no Brasil tem-se feito com bastante regularidade por via de descentralização administrativa, em que se transfere não a titularidade do serviço, mas o seu exercício. Dessa sorte e de acordo com a conveniência examinada num dado momento pela Administração, a prestação de serviços públicos é transferida ora a pessoas jurídicas de direito público, como autarquias ou fundações públicas, ora a pessoas jurídicas de direito privado, como empresas estatais.

Impende considerar que, a despeito do regime de direito privado, a empresa estatal prestadora de serviço público é criada na qualidade de entidade auxiliar da Administração Direta, na mesma direção do que ocorre quanto a autarquias e fundações, para cumprir atribuições que aquela mesma poderia abrigar dentre as suas. A incidência do direito privado, não importa o quão seja determinante em seu regime, não lhes afasta a natureza de instrumento estatal para a prestação de serviços públicos e tampouco lhes encobre a verdade de que se dedicam a atividades típicas do Estado. Isto é, são braço do Estado na realização de atribuições próprias, diferentemente das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, que, conforme se verá adiante, são instrumento de atuação estatal em campo que lhe é estranho. A esse respeito registra Celso Antônio Bandeira de Mello (2002):

Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. [...]

Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor;

E qual o permissivo constitucional que lhes autoriza a conduzir competências do Estado? Responde-se que é o próprio artigo 175 da Constituição da República de 1988, muito

embora este não cuide de lhes fazer uma só referência, ao dizer que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

Há de se entender que o uso do advérbio “diretamente” não restringe a prestação, quando não feita por concessão ou permissão, à Administração Direta, eliminando, destarte, a possibilidade de que assim seja objeto de autarquias ou empresas estatais. Nesse sentido se encontram as opiniões de Celso Ribeiro Bastos (1990, v. 3, p. 130), José Afonso da Silva (2005, p. 803) e Eros Roberto Grau (2003, p. 121).

Assim, quer a redação do artigo 175 apenas opor a prestação realizada por particulares concessionários ou permissionários à prestação promovida pelo Estado, quando este escolherá a via adequada para fazê-lo, se sozinho ou com auxílio de entidade sua. Tanto é que às empresas estatais prestadoras de serviços públicos não se aplicam todos os dispositivos do mencionado artigo, e nem outros igualmente destinados a concessões ou permissões.

Para se encontrarem autorizadas a prestar serviços públicos, não se submetem as empresas estatais a licitação e sequer celebram contrato – como ocorre com os concessionários ou permissionários. De acordo com Eros Roberto Grau (2003, p. 122), a concessão supõe a adesão voluntária à relação jurídica de concessão, não se encontrando o sujeito obrigado a contratar com o Estado e, logo, dedicar-se à atividade. A situação das empresas estatais, todavia, é diversa, visto que, autorizadas por lei e criadas para aquele específico fim de prestar serviço público, deve não podem arrear.

Ademais, conforme o mesmo autor (2003, p. 122-123), as empresas estatais não são beneficiadas por política tarifária pela prestação de serviços e sequer lhes alcançam as garantias de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, podendo até mesmo se sujeitar a contas deficitárias. Demais diferenças são tratadas por José Afonso da Silva (2005, p. 803), abaixo transcrito:

A natureza das empresas estatais prestadoras de serviço público se assemelha às concessionárias de serviço público com diferenças importantes, quais sejam a de não se sujeitarem inteiramente aos ditames do art. 175, pois não se lhes aplicam as regras de reversão, nem de encampação, nem, rigorosamente, o princípio do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, já que os serviços não lhes são outorgados por via contratual, mas por via de lei instituidora, e porque são entidades do próprio concedente, salvo é, claro, hipóteses de outorga dos serviços a empresa estatal de outra entidade pública (da União para o Estado, por exemplo, em que a característica de concessionária fica mais nítida).

De fato, o art. 175 estabelece os princípios do regime da concessão e da permissão de serviços públicos a empresas particulares, declarando que a outorga depende de licitação e que a lei disporá sobre tais empresas, [...].

Em síntese, as empresas estatais prestadoras de serviços públicos não recebem esta incumbência por via de concessão ou permissão, porém por meio do que a maioria da doutrina chama de “delegação”, e que Hely Lopes Meirelles chama de “outorga”⁵, isto é, “quando o Estado cria uma entidade e a ela transfere, *por lei*, determinado serviço público ou de utilidade pública” (2001, p. 322).⁶

De resto, é relevante anotar que as empresas estatais prestadoras de serviço público, na disciplina da categorização feita entre a administração centralizada e descentralizada, se inserem perfeitamente dentre as entidades que o Decreto-lei nº 200/1967 nomeia Administração Indireta, ao lado das autarquias e fundações e, mais importante, em sentido oposto das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas, conforme se verá explicado no seguinte subcapítulo.

2.2.4 – Empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito

Já se encontra registrado no subcapítulo 2.2.1 que o modo mais drástico de intervenção do Estado na ordem econômica se dá quando assume a exploração de atividade econômica em sentido estrito, e assim a Constituição da República aquiesce quando, por ocasião de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, é feito por intermédio de empresas estatais sujeitas a regime jurídico de direito privado. É notório, portanto, que, assim como prestadoras de serviço público, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito são braço do Estado, mas desta vez na realização de atribuições que não lhe são próprias.

É a partir dessa conclusão que se compreende a grande contribuição oferecida por José Cretella Júnior acerca do enquadramento dessa espécie de empresas estatais na Administração

⁵ Marçal Justen Filho (2005b, p. 507) chama isso de “concessão-descentralização”, embora admita ser uma espécie imprópria de concessão.

⁶ Também é importante lembrar outra hipótese de concessão imprópria: a concessão-convênio. Esta se dá quando o ente federativo titular do serviço público transfere a execução a ente ou entidade de outro âmbito da Federação. A existência de interesses comuns, não antagônicos, na prestação do serviço público, possibilita a celebração de convênio entre os entes ou entidades da Administração Pública, o que, de acordo com Marçal Justen Filho, descaracteriza a concessão e, por conseguinte, a necessidade de prévia licitação (2005b, p. 509). Ainda nesse sentido, as Leis nº 11.107/2005 e nº 11.445/2007, cuidando de regulamentar o artigo 241 da Constituição da República de 1988, disciplinaram o “contrato de programa”, instituto destinado a regular as “as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”, conforme diz o artigo 13 da já citada Lei nº 11.107/2005.

Pública: elas não fazem parte sequer da Administração Indireta (1990, p. 23). Fazendo uso da mais transparente lógica, explica o autor que só se pode descentralizar o que está no centro. Ora, a exploração de atividade econômica em sentido estrito não pertence ao conjunto das atribuições essenciais do Estado, isto é, não se encontra no centro das competências estatais. Logo, não se pode dizer que tal intento possa ser objeto de atuação descentralizada do Estado, e, então, abrigar-se na categoria “Administração Indireta” – se entendida como sinônimo de administração descentralizada⁷.

O conceito científico derivado da natureza das coisas manda que se defina a Administração indireta, em razão dos serviços por ela desempenhados. *Empresa pública e sociedade de economia mista* incluem-se entre as entidades da Administração indireta quando, por exceção, como interpostas pessoas da pessoa política, exercem serviços públicos. Ou quando desempenharem atividade que o Estado, num dado momento histórico-político, resolva colocar entre suas metas fundamentais, considerando-as públicas, titularizando-as, pondo-as sob sua égide. (CRETELLA JR., 1990, p. 23)

Essa lógica, contudo, não foi apreciada pelo Decreto-lei nº 200/1967, que incluiu, sem distinção, as empresas estatais na estrutura da Administração Indireta, no que se tornou alvo de críticas, a exemplo das construídas por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 143):

Percebe-se, pois, que o critério retor da classificação foi o *orgânico*, também chamado subjetivo. Com efeito, foram relacionados à conta de entidades da Administração indireta quaisquer sujeitos havidos como unidades integrantes da Administração Federal, *pelo só fato de comporem dito aparelho*, independentemente da natureza substancial da atividade que se lhes considere própria e independentemente do regime jurídico que lhes corresponda (público ou parcialmente privado). [...]
O modelo destarte concebido, é bem de ver, revela-se inapto para descortinar todas as modalidades pelas quais se desempenham atividades administrativas públicas. Com efeito, a expressão “Administração indireta”, que doutrinariamente deveria coincidir com “Administração descentralizada”, dela se afasta parcialmente.

Não há de se deixar sem comentário a condição prevista constitucionalmente para que o Estado seja autorizado a escapar de suas atribuições: a exploração deve se impor como necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. Haja vista que tal previsão legal ainda não se fez, tem ficado a cargo da doutrina a tarefa de cuidar do que vem a ser “imperativo de segurança nacional” e “relevante interesse coletivo”.

⁷ Dentre outros, possivelmente, a exposição lógica de Cretella Jr. é acatada por Diogenes Gasparini (2007, p. 447-448) e Roberto Ribeiro Bazilli (1994, p. 20). Não é acatada por José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 370), que disserta em sentido contrário.

Sobre o primeiro, Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 73), acompanhado por Pinto Ferreira (1994, p. 308), irá dizer que a expressão “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”. De outro modo, Eros Roberto Grau (2003, p. 109) dá a entender que acolhe definição mais ampla, a dizer que os monopólios do petróleo e do gás natural atendem a razões creditadas aos imperativos de segurança nacional.

Quanto a nós, parece demasiadamente restrita a definição de Celso Ribeiro Bastos, a considerar tão-somente ameaças bélicas. Outros temas, como a energia e a informação, parecem capazes igualmente de serem considerados imperativos de segurança nacional. Demais disso, a proteção da ordem econômica, em si, já é razão de segurança nacional, vez que um desarranjo econômico, como já demonstrou a história, é capaz de promover guerras, bem como fazer perecer povos e estados.

Quanto a relevante interesse coletivo, entende-se que quis a Constituição da República de 1988 dizer que, do mesmo modo o qual, a princípio, é conveniente ao interesse público que a iniciativa privada cuide reservadamente das atividades econômicas em sentido estrito⁸, se, para proteger o mesmo interesse público, for necessário ao Estado realizar o oposto, ou seja, invadir o campo reservado aos particulares, assim poderá fazer. Inafastável a conclusão de Cristiana Fortini, a asseverar que “ao decidir pela necessidade de explorar atividade econômica, porque presente um dos requisitos previstos no art. 173 da Constituição da República, o Estado volta-se para a concretização do interesse público” (2004, p. 115).

Nesse sentido, registre-se que a Constituição da República anterior, ao cuidar do mesmo tema em seu artigo 163, mencionava a ineficácia do setor privado como condição à participação estatal. Assim, de acordo com Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 74):

A atual [redação] é aparentemente mais ampliativa porque não alude à ineficácia do setor privado, dando a entender que qualquer atividade que diga respeito a relevante interesse coletivo possa ser estatizada. Esse não é a nosso ver o entendimento correto. Em primeiro lugar porque o preceito há de ser interpretado à luz dos princípios constitucionais. Destarte o que há, em primeiro lugar, de prevalecer é a iniciativa privada, que só pode ceder diante da evidenciação de que na hipótese a iniciativa particular não está atingindo o interesse coletivo. Em outras palavras, é necessário que se comprove que o Estado terá melhores condições de atingir o interesse coletivo do que os particulares.

E, então, agora concordando com o referido autor, em situação tal não basta a mera existência de relevante interesse coletivo, porém deve restar comprovado que a iniciativa

⁸ Sobre o interesse público nas atividades econômicas em sentido estrito, ver o subcapítulo 3.2.

privada não pôde sozinha ser capaz de atendê-lo, somente assim se justificando que o Estado explore atividade econômica em sentido estrito, campo a princípio adstrito ao setor privado.

2.2.5 – Outras espécies?

Fechada a classificação das empresas estatais dentre as que prestam serviço público e aquelas outras que exploram atividade econômica em sentido estrito, duas espécies tão-somente, cabe adiante, em mais um breve esforço, aprofundar os estudos do tema no caminho de confrontar o já exposto a experiências concretas de empresas estatais cujo enquadramento em uma ou outra das duas categorias não se faz de modo tranqüilo. Destarte, seguem-se considerações sobre empresas estatais exploradoras de atividade monopolizada e empresas estatais prestadoras de serviço de apoio administrativo, após as quais se verá que não constituem classe diversa das anteriores.

2.2.5.1 – Empresas estatais exploradoras de atividade monopolizada

Em que pese a ordem econômica fundada na Constituição da República de 1988 condenar o monopólio ao erigir a livre concorrência como princípio (art. 170, inc. IV) e estabelecer que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, § 4º), institui exceção em favor do monopólio estatal a ser exercido nos casos previstos no artigo 177:

Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - 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;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

Destarte, por via do monopólio a Constituição da República de 1988 reserva ao Estado determinada atividade, à semelhança do que faz quanto aos serviços públicos. Seria isso suficiente para que se afirme configurar a refinação de petróleo, por exemplo, um serviço público? Conclui-se que não, de acordo com o segue explicado.

Já foi visto acima que a Constituição da República de 1988 funda uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, bem como se viu que a própria Constituição é o limite dessa liberdade dada aos particulares de exercerem atividades econômicas, de tal modo que o Estado está autorizado a invadir-lhes o campo e atuar diretamente se presente imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Deve-se observar, entretanto, que a presença de pelo menos uma dessas condições não se faz necessária em outros casos previstos ainda na Constituição da República, pois é essa a redação do art. 173, a dizer que “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*” [destacou-se]. Conforme Eros Roberto Grau (2003, p. 108-109), o regime de monopólio previsto no art. 177 é exatamente o que justifica a menção que estabelece exceção. Quer-se dizer, logo, que o monopólio estatal é exercício direto de atividade econômica pelo Estado que independe de ver-se configurado qualquer dos requisitos do art. 173, conforme também entende José Afonso da Silva (2005, p. 806). Nota-se, destarte, que a atividade objeto do monopólio não pode ser considerada serviço público, porquanto a interpretação constitucional aponta em contrário, isto é, para atividade econômica em sentido estrito⁹.

Assim, a mesma Constituição da República de 1988 que atrai para o Estado o exercício das competências comentadas reconhece encontrarem-se estas inseridas num contexto de exploração de atividade econômica em sentido estrito. Nessa circunstância, a Constituição não apenas permitiu que o Estado cuidasse das atividades em regime de monopólio, mas ordenou que assim fizesse, não cumprindo ao Administrador condicionar a atuação estatal a um dos elementos do *caput* do art. 173.

Ademais, o regime de monopólio não se confunde com a exclusividade inerente ao regime de serviço público, quando o Estado, a entidade estatal delegatária ou o particular

⁹ Contra: Celso Ribeiro Bastos, para quem não é serviço público e tampouco atividade econômica (1990, p. 75).

concessionário ou permissionário exerce a atividade privilegiadamente, isto é, sem que se permita que outros possam fazê-lo, vez que ausente a livre concorrência. É certo, como já se comentou no subcapítulo 2.2.2, que a prestação de serviço público pode se dar em regime de competição, a exemplo da navegação aérea, mas, entretanto, ainda assim se configura a situação de privilégio, visto que, a estas que são concessionárias, simultaneamente se assegura que nenhuma outra poderá entrar no mercado sem que, pelo menos, receba igual concessão do Estado. O regime de privilégio, destarte, não se identifica com a regra da livre iniciativa, a qual garante que qualquer interessado pode exercer atividade econômica em sentido estrito e concorrer com os já estabelecidos, sem que dependa de concessão ou permissão do Estado.

Em síntese, de acordo com Eros Roberto Grau (2003, p. 119), “monopólio é de *atividade econômica em sentido estrito*. Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* não é expressão senão de uma situação de *privilégio*”. Privilégio este que, ressalte-se, é uma das circunstâncias que atrai particulares à exploração do negócio, vez que, sem esforço persuasivo, lhes são garantidos clientes. Por conseguinte, tem-se que é incorreto afirmar que a exploração de serviços postais e do correio aéreo nacional, feita pela União por meio de sua Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, dá-se em regime de monopólio – como comumente se afirma –, pois a atividade, embora exercida com exclusividade, consiste em serviço público e não atividade econômica em sentido estrito. Logo, a ECT trabalha em regime de privilégio¹⁰.

Do exposto, conclui-se que as empresas estatais exploradoras de atividade monopolizada não formam uma outra categoria de empresas estatais, encaixando-se na classe das exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, cabendo dizer que, no máximo, são uma subespécie desta.

2.2.5.2 – Empresas estatais prestadoras de serviços de apoio administrativo

De sorte outra, as empresas estatais prestadoras de serviços de apoio administrativo não cuidam de atividade especialmente tratada pela Constituição da República, tampouco encontram sua natureza discutida minimamente entre doutrinadores. É possível que sejam de todas as menos cuidadas em direito e, portanto, nas quais mais se encontram dúvidas acerca

¹⁰ Contra a exclusividade: Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 78)

de sua natureza. Registre-se que, da pesquisa empreendida por ocasião deste trabalho, tão-só se encontrou Marçal Justen Filho a comentar sobre as mesmas (2005a, p. 17; 2005b, p. 108), todavia – quando escreve em seu “Curso de Direito Administrativo” – em discreta nota de rodapé na qual assinala que cuidar do tema seria irrelevante para o seu objetivo, conforme transcrito abaixo:

Rigorosamente, seria possível (e necessário) reconhecer uma terceira espécie de entidade. Seria aquela composta por sujeitos cuja função consiste em prestar apoio à Administração Pública. Nesse caso, a entidade não atua no mercado nem presta serviços fora do âmbito estatal, mas dá suporte a atividades administrativas. Nessa categoria poderiam ser incluídas as entidades encarregadas de processamento de dados, impressão, planejamento e assim por diante. Deixa-se de aludir a essa terceira categoria por sua irrelevância para a presente abordagem. Apenas se esclareça que o regime jurídico de sua atuação será extremamente próximo ao das entidades prestadoras de serviço público. (2005b, p. 108)

A partir do já proporcionado pelo autor, explica-se que estas entidades dedicam-se a atividades que visam a oferecer vantagens e atender conveniências do ente que as criou, prestando seus serviços exclusivamente a este e, portanto, não se apresentando ao mercado, muito embora suas atividades, se consideradas fora do contexto da Administração Pública, identifiquem-se com atividades econômicas em sentido estrito.

Examine-se, por exemplo, empresas estatais de tecnologia da informação, talvez as de existência mais comum dentre as desta categoria de apoio administrativo, cabendo citar a Empresa de Informática e Informação do Município de Belo Horizonte (Prodabel) e a Companhia de Processamento de Dados do Estado de Minas Gerais – Prodemge, sociedades de economia mista, bem com o Serviço Federal de Processamento de Dados (SERPRO), empresa pública¹¹. Veja-se que a finalidade de todas elas, qual seja, a prestação de serviços de informática, é empenhar-se em atividade que, analisada por si só, não se considera como da essência das atribuições estatais, mas fazem parte daquelas constitucionalmente reservadas à iniciativa privada. Até aqui, a linha de raciocínio apresentada inclinar-se-ia a concluir que tais empresas se dedicam a uma atividade econômica em sentido estrito. Entretanto, conforme se verá no subcapítulo 3.3.3, tais atividades configuram prestação de serviço público.

Por ora, cumpre apenas registrar que da pequena, porém já valiosa contribuição de Marçal Justen Filho, não se concorda com a totalidade do registrado por duas razões. Primeiramente, não se entende irrelevante o estudo dessas entidades, haja vista que são várias

¹¹ Também é relevante citar o Centro de Tecnologia da Informação e Comunicação do Estado do Rio de Janeiro – PRODERJ, que não é empresa estatal, *mas autarquia do Estado do Rio de Janeiro*, o que termina por fortalecer o entendimento de que essa atividade configura serviço público e não atividade econômica em sentido estrito.

e dão importante suporte – notadamente em tempo no qual se vê a inafastável evolução da tecnologia da informação – à Administração Pública, seja federal, estadual ou municipal. Ademais, a mera existência delas torna a dedicação a seu exame relevante, não se admitindo a possibilidade de que estudiosos do direito dêem de ombros e as ignorem. Noutro passo, entende-se que não são uma terceira categoria, pois pertencem à classe das empresas estatais prestadoras de serviço público – se muito, são uma subespécie desta categoria –, visto que suas atividades incluem-se dentre aquelas consideradas como tal, bastando para isso que se delinee a noção do que é serviço público.

Assim exposto, vê-se que, não só deste, mas de todo o estudo acerca das empresas estatais depende a compreensão da distinção entre atividade econômica, atividade econômica em sentido estrito e serviço público. Até aqui se tem falado a respeito de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito ou prestadoras de serviço público, sem, contudo, trabalhar o conteúdo dessas expressões. Não se pode sustentar a classificação aqui apresentada se não se puder examinar o critério eleito para realizá-la, sob pena de perecer o intento deste trabalho por carência de fundamentação, também porque em função da categorização é que se apontará o grau de incidência do direito público e do direito privado, conforme adverte Marçal Justen Filho, ao escrever que “a distinção é extremamente importante, porque reflete a submissão a regimes jurídicos distintos e permite identificar, de modo imediato, o conjunto de princípios e regras aplicáveis à atuação de cada entidade” (2005b, p. 108).

É esse, portanto, o objetivo do capítulo que se segue, oportunidade na qual se voltará a examinar as figuras acima, inclusive a presente, quando há de se aprofundar e explicar o porquê de, a despeito das aparências, serem prestadoras de serviço público.

3 – ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO AMPLO, ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO E SERVIÇO PÚBLICO

3.1 – Atividade econômica em sentido amplo

Em oposição a “serviço público”, tradicionalmente a legislação e a doutrina têm feito uso da expressão “atividade econômica”, como se representassem empreendimentos diversos ou mesmo antagônicos. Todavia, Eros Roberto Grau (2003, p. 92), com acuidade, repudia a idéia de que há oposição entre as duas coisas, afirmando que na segunda expressão está subsumida a primeira: ou seja, serviço público é uma espécie de atividade econômica.

Com efeito, a tal conclusão se chega a partir do exame do que pode ser tido por atividade econômica, só possível após breves considerações a respeito de um pressuposto a esse conceito – a definição de economia. Nesse sentido, apesar de simplória, entende-se acertado adotar a clássica definição acerca desta, a afirmar que se trata da ciência que cuida da gestão (produção ou circulação) de recursos (bens ou serviços) escassos, porém desejáveis.

Logo, a atividade econômica é qualidade ampla de toda ação destinada a produzir ou fazer circular bens ou serviços que, a despeito de limitados, são objeto de ilimitadas necessidades humanas. Muito embora não seja a única, porquanto os homens se movem também por razões religiosas, éticas e políticas – por exemplo –, pode se dizer que a economia é um dos motores imemoriais da humanidade. Ademais, em si, o esforço econômico é bom e necessário, vez que é instrumento cultural de desenvolvimento e afirmação do homem frente à natureza, na qualidade de seu interventor.

Assim exposto, de nenhuma forma se poderia afastar a idéia de serviço público do conceito de atividade econômica, visto que a finalidade do serviço público é igualmente produzir ou fazer circular os bens ou serviços a que acima se aludiu. A diferença entre os bens e serviços produzidos em sede da atividade econômica e em sede do serviço público é que a estes se conferiu diferente importância, de tal forma que seu exercício foi atraído preferencialmente pelo Estado.

Ademais, observe-se que na definição dada a atividade econômica não se encontra referência a lucro, elemento que, muito embora possa configurar motivo, não é necessariamente causa e tampouco finalidade da produção ou circulação de bens ou serviços, que podem se dar visando à mera subsistência do indivíduo, como se faz por via do cultivo ou

coleta de frutos para alimentação própria, ou podem ocorrer em sede de serviços públicos, os quais, conforme já se viu, é facultado ao Estado prestar mesmo em regime deficitário, conforme se decidir conveniente. Assim, entende-se não existir motivo a reputar impertinente o uso do adjetivo “econômico” em atividades correlatas a serviço público, vez que não pressupõe lucro e, portanto, por si só, não comporta, como pode ocorrer no setor privado, o receio de que o interesse do capital se sobreponha ao interesse social.

Em síntese, tem-se então que a expressão “atividade econômica” abriga conceitualmente tanto as atividades econômicas intituladas “serviço público” quanto as demais atividades econômicas sem título próprio. Eros Roberto Grau, conforme transcrito a seguir, propõe que se fale em “atividade econômica em sentido amplo” e “atividade econômica em sentido estrito”, sugestão acatada no presente trabalho desde sua introdução.

Daí a verificação de que o *gênero – atividade econômica* – compreende duas *espécies*: o *serviço público* e a *atividade econômica*.

Estamos em condições, assim de superar a ambigüidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota *gênero*, de outra as hipóteses nas quais ela conota *espécie* do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie. (GRAU, 2003, p. 92-93)

Ademais, corrobora esse entendimento o fato de o artigo 175 da Constituição da República de 1988, a cuidar de serviços públicos, encontrar-se inserido no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, em companhia de outros dispositivos a cuidar, por sua vez, de atividades econômicas em sentido estrito. Conclui-se, então, que até o texto constitucional dá tratamento econômico ao serviço público.

Vencida esta etapa da exposição, convém adiante cuidar das atividades que consubstanciam o critério da distinção que fizemos entre as empresas estatais: primeiro da atividade econômica em sentido estrito e, após, do serviço público.

3.2 – Atividade econômica em sentido estrito

Já se comentou acima a respeito da importância da iniciativa privada diante da ordem econômica fundada na Constituição da República de 1988, a cumprir um papel que não se resume – conforme um exame apressado demonstraria – a atender interesses meramente

peçoais. De outro modo, o objetivo constitucional é fazer com que a iniciativa privada trabalhe – em que pese a perseguição de recompensa individual – em favor do interesse público que reside no bom funcionamento da economia, isto é, na eficiente produção ou circulação de bens ou serviços.

Decerto, porquanto as atividades econômicas se dão primordialmente em sede da convivência do homem em sociedade, qualquer iniciativa particular que se ponha em desfavor desta será repelida. Tanto é assim que mesmo nos tempos em que se advogava o mais puro liberalismo não se admitia que o exercício de atividade econômica pudesse sustentar natureza meramente egoística, a abraçar expectativas tão-somente individuais e a desconsiderar interesses da sociedade. Desse modo, nas palavras de Adam Smith (1996, p. 436):

Todo indivíduo empenha-se continuamente em descobrir a aplicação mais vantajosa de todo capital que possui. Com efeito, o que o indivíduo tem em vista é sua própria vantagem, e não a da sociedade. Todavia, a procura de sua própria vantagem individual natural ou, antes, quase necessariamente, leva-o a preferir aquela aplicação que acarreta as maiores vantagens para a sociedade.

Ora, assim sendo, de modo algum se pode concluir que a Constituição da República permite o livre exercício das atividades econômicas em sentido estrito como se isso fosse uma desinteressada concessão para que os indivíduos façam o que decidirem. Mais que isso, a permissão constitucional visa a instrumentalizar os interesses individuais de forma a que eles ordenem-se em benefício do ajuntamento social, pois seria incoerente imaginar que uma sociedade permitiria – e incentivaria – a subsistência de instrumentos de caráter meramente egoísticos que pudessem negá-la, sob risco de autofagia.

Nesse caminho, entende-se incorreta qualquer tentativa de sustentar um antagonismo entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito a partir do interesse público que neles se cumpre, como se esta última espécie de atividade econômica não se destinasse igualmente a atender anseios ligados ao interesse público. Em resumo: quanto às atividades econômicas em sentido estrito, a Constituição da República só permite a livre iniciativa porque entende que assim se traz maior benefício ao interesse público.

Ressalte-se que se fez restrição, tratando-se tão-só das atividades econômicas lícitas. As ilícitas, decerto, não são permitidas pela Constituição da República, o que corrobora o entendimento acima exposto – de que se autoriza o livre exercício de atividades econômicas em sentido estrito como via de se cuidar do interesse público. Nessa direção, presume-se que, quando determinada atividade econômica é interpretada como prejudicial ao interesse público,

deve ser combatida pelo ordenamento jurídico, tal como ocorre acerca do tráfico de entorpecentes.

Exposto isso, importa saber de que forma se pode chegar a uma delimitação acerca das atividades econômicas em sentido estrito, cujo acesso só virá, em conformidade com o que pensam, pelo menos, José Cretella Jr. (1990, p. 358), Toshio Mukai (2004, p. 258), Celso Ribeiro Bastos (1990, p. 75), Eros Roberto Grau (2003, p. 110) e Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 652), a partir da delimitação a respeito dos serviços públicos. Prefere-se, portanto, um conceito residual, a afirmar que é atividade econômica em sentido estrito tudo aquilo que não for serviço público, vez que estão ambas as categorias debaixo do conceito de atividades econômicas em sentido amplo, de tal modo que o já apontado Cretella Jr. diz que atividade econômica é o “não-serviço público” (1990, p. 358).

Com efeito, é evidente que se está a depender de um esforço para a conceituação de serviço público, o que é tarefa do próximo subcapítulo.

3.3 – Serviço público

Para fins de melhor sistematização do objeto deste estudo, tem-se por bem proceder ao trabalho de delimitação do que é serviço público por duas vias, mas em ambas a partir do conceito acima já oferecido de atividade econômica. Assim, a primeira empreitada é dizer o que não é serviço público; a segunda é apresentar noção do que é.

3.3.1 – O que não é serviço público

A doutrina jurídica, ao se referir às variadas atividades das quais o Estado se incumba, tem apresentado amplitudes diversas a respeito do universo dos serviços públicos, de forma tal que se entende possível apontar uma definição amplíssima, representada por Leon Duguit, uma definição ampla, sustentada por Hely Lopes Meirelles, e, finalmente, uma definição restrita, adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Este é o conceito de Leon Duguit:

É toda atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção da força governante. (*apud* CRETELLA JR., 1990, p. 38)

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado. (2001, p. 311)

Finalmente, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra “Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta” (1979, p. 18), diz que é serviço público aquele “consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados”. O mesmo autor, em seu “Curso de Direito Administrativo”, tece conceito mais detalhado:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (2005, p. 632)

Assim, tem-se o francês Duguit e sua “Escola do Serviço Público” como os responsáveis por um conceito de serviço público a abranger todas as funções do Estado. Desse modo, a delimitação inclui no âmbito dos serviços públicos o exercício do poder de polícia pelo poder executivo, bem como atividades de outros poderes – as funções legislativas e jurisdicionais. Em Duguit, a vastidão do tema ligado ao serviço público é tão grande que se chegou a apregoar a substituição da noção de soberania pela de serviço público, e a dizer que em torno tão-somente deste gira todo o direito administrativo.

Em Hely Lopes Meirelles o campo é mais restrito na medida em que, em seu conceito, se identifica a exclusão das atividades legislativas e jurisdicionais do Estado, haja vista que se refere às prestações da “Administração”, isto é, do poder executivo. Embora de menor amplitude que o de Duguit, seu conceito de serviço público ainda abriga o exercício de poder polícia pelo poder executivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao mencionar que são serviços públicos aqueles fruíveis diretamente (1979, p. 18) ou singularmente (2005, p. 632) pelos administrados, faz com que seu conceito fuja da grande amplitude dos apontados anteriormente, visto que

elimina as atividades legislativas e jurisdicionais, bem como o exercício do poder de polícia – todos fruíveis indiretamente e conjuntamente pelos cidadãos. Do mesmo modo, conforme ressalta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o autor termina restringindo excessivamente o universo dos serviços públicos, vez que elimina do conceito outros serviços que, muito embora não sejam correlatos às atividades legislativas ou jurisdicionais do Estado, tampouco ligados ao exercício do poder de polícia, não podem ser aproveitados diretamente pelos cidadãos.

Nesse sentido, seriam serviços públicos, por exemplo, o de água, o de transportes, o de telecomunicações, o de energia elétrica, pois estes são fruíveis **diretamente** pelos administrados. Mas existem outras espécies de serviços que são considerados públicos e nem por isso são usufruíveis **diretamente pela coletividade**. Assim é o caso dos **serviços administrativos** do Estado prestados internamente, dos serviços diplomáticos, dos trabalhos de pesquisa científica, os quais só por via indireta beneficiam a coletividade. (DI PIETRO, 2001, p. 96)

Sobre a controvérsia, nossa opinião é que o universo dos serviços públicos deve ser delimitado a partir do pressuposto de que se tratou acima: serviço público é uma espécie de atividade econômica.

Fixou-se no início do presente capítulo o entendimento de que algumas atividades humanas possuem caráter econômico. Portanto, há de se imaginar que outras não. Do mesmo modo, registrou-se a conclusão de que serviços públicos são espécie de atividade econômica. Destarte, assim como certa porção das atividades humanas não detém um motivo econômico, determinados ofícios estatais não guardam caráter econômico.

Dessa sorte, como a prestação de serviços públicos é uma atividade econômica, infere-se que atividades estatais de cunho não-econômico não participam do campo de atribuições a que se refere o artigo 175 da Constituição da República. Se não pertencem ao grande universo das atividades econômicas, não podem pertencer ao universo menor dos serviços públicos.

Ora, tanto as atividades legislativa e jurisdicional quanto o exercício do poder de polícia dão-se por motivos não-econômicos, haja vista que não se dirigem à produção ou circulação de bens ou serviços. Quando muito, destinam-se a regulamentar ou fiscalizar atividades econômicas, de modo a ajustá-las aos interesses da sociedade. Nesse sentido trabalha Rafael Bielsa (*apud* CRETELLA JR., 1990, p. 31-32 e 63) ao agrupar as manifestações de mero poder estatal sob o nome de “funções públicas”, restando as atividades estatais de cunho econômico ajuntadas debaixo da categoria “serviços públicos”.

3.3.2 – *O que é serviço público*

Após a exposição realizada acima, tem-se que será serviço público apenas aquele que corresponder a atividade econômica em sentido amplo. Mas o que faz com que determinado serviço salte da categoria das atividades econômicas em sentido estrito para a categoria dos serviços públicos? Qual o diferencial que permite dizer não se tratar de uma atividade econômica mera e simples? Que se lhe adiciona para que receba o adjetivo “público”?

Tais indagações só podem ser respondidas a partir de um novo esforço: se já se discutiu a amplitude do universo dos serviços públicos, agora importa tecer considerações sobre a sua qualidade.

Dessa feita, muito embora seja possível elencar outros métodos, a maioria dos autores tem procedido de forma a buscar o conceito de serviço público por via da conjunção de dois critérios: o formal e o material.

Segundo o critério formal, é serviço público aquele que a lei assim definir. Tal conceito é quase unanimemente rechaçado pela doutrina, haja vista que, se tomado por si só, desconsideraria os fatos ao admitir que o legislador poderia chamar de serviço público aquilo que uma natural constatação diz que não é. Concorda-se com Toshio Mukai (2004, p. 175), para quem adotar tal critério é tão-somente fazer opção por via mais cômoda, porquanto deixar a tarefa à lei é mais fácil que adentrar o conhecimento da natureza das coisas. Conforme alerta o mesmo autor (2004, p. 187), o direito não é só a lei, pois tem uma justificação sociológica.

No Estado Social de Direito, parece claro que não pode o critério formal ser válido para nos dizer o que seja um serviço público. Isto porque, o legislador pode eleger determinada atividade como sendo serviço público, mas tal eleição não pode fugir à natureza das coisas. Se se constatar que ele, a pretexto disso, pretendeu invadir a esfera própria econômica dos particulares, tal lei será considerada inconstitucional. É mister que tal eleição encontre resposta na natureza das coisas e nos fatos; o serviço público, antes de tudo, é um fato social, que tem em si determinado valor e um interesse especial para a coletividade, o que lhe dá um caráter ímpar de interesse público e de essencialidade. Por isso, ao critério formal há que se juntar o critério material, para se chegar a dizer (caso por caso) o que é um serviço público. (MUKAI, 2004, p. 175)

Portanto, importa investigar o critério material, isto é, o critério por meio do qual se fará constatação acerca da natureza das coisas a fim de dizer se certa atividade econômica encontra-se na espécie atividade econômica em sentido estrito ou na outra chamada de serviço público. Com efeito, na esteira do que já se registrou, tal constatação precisa ser feita a partir

da perspectiva das ciências humanas, e exatamente por isso a discussão aflora de modo controverso, indeterminado e sempre mutável, tal qual a sociedade e suas necessidades. A história demonstra que as necessidades de um agrupamento social variam indefinidamente conforme a época, a geografia evidencia que são sortidas conforme o local, a antropologia, de acordo com a cultura, a economia, consoante a escassez. De tal modo, definir serviço público parece um trabalho penoso. Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos, “é forçoso reconhecer-se que estes critérios são evolutivos no tempo e diferentes no espaço; algo que para um país se afigura como serviço público, quiçá em outro seja tido por mera atividade econômica” (1990, p. 129).

Logo, entende-se que o empenho em formular um conceito de serviço público deve mesmo ceder diante da conclusão de que ele, nunca estático, se realiza evolutivamente no caminho da história, permitindo tão-somente a captura de uma noção. Nesse passo, reconhece Eros Roberto Grau:

A partir daí parece-me, hoje, que a questão da *indeterminação* dos *conceitos* se resolve na *historicidade* das *noções* – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há *conceito indeterminado* há, na verdade, *noção*. E a *noção* jurídica deve ser definida como *idéia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas* (Sartre).

Por isso conduzirá a muito pouco a determinação de um *conceito* de serviço público, impondo-se buscarmos enunciar a sua *noção*. (2003, p. 116)

O mesmo Eros Roberto Grau recorre ao vínculo que Duguit estabelece entre serviço público e interdependência social para dizer que a noção de serviço público deve ser construída sobre as idéias de interdependência e – adição sua – coesão social (2003, p. 111 e 116). Em resumo, pretende ele dizer que “o que determina a caracterização de determinada parcela da atividade econômica em sentido amplo como *serviço público* é a sua vinculação ao *interesse social*” (2003, p. 111). Cumpre observar que Grau opõe interesse social a interesse coletivo, este mencionado no artigo 173 – a justificar exploração estatal de atividade econômica em sentido estrito –, mas sem dizer de que cuida cada um deles, ou seja, a diferença entre um e outro, registrando apenas que se encontram ambos na categoria interesse público (2003, p. 111).

Realmente, a doutrina é uníssona ao dizer que o serviço público corresponde a uma atividade de interesse público (DI PIETRO, 2001, p. 99). Mas não pode ser o interesse público o elemento único a separar serviço público de atividade econômica em sentido estrito, afinal, já se disse no subcapítulo 3.2 que as atividades econômicas em sentido estrito, mesmo

que reservadas ao setor privado, obedecem também ao interesse público, e por isso a Constituição da República de 1988 lhes autoriza e incentiva a exploração privada. Dessa forma, Celso Ribeiro Bastos escreve:

Não se creia daí que é só o serviço público que está em condições de atingir o interesse da coletividade ou público. Muitas das atividades, meramente econômicas, também concernem ao interesse de todos, e nem por isso públicas se tornam. Para que isso se dê é necessário que o Estado as assuma como próprias. (BASTOS, 1990, p. 129)

Atento a isso, Toshio Mukai (2004, p. 219) reconhece um certo interesse público presente nas atividades econômicas em sentido estrito, mas opta por diferenciá-lo do outro que justifica os serviços públicos por meio da valoração que se pode fazer entre um e outro. Assim, ele registra que “agora verificamos que a ‘necessidade essencial’ nos dá a concreção daquele critério valorativo do interesse público, que deve fundar uma atividade de serviço público” (2004, p. 220). Então, Mukai parte a considerar o atendimento de uma necessidade essencial como o elemento a forçar a divergência entre a natureza da atividade econômica em sentido estrito e o serviço público.

Entretanto, nosso entendimento diz que é o referido critério igualmente insuficiente, pois atividades econômicas em sentido estrito também podem se afigurar como destinadas a suprir necessidades essenciais. Tome-se como exemplo o comércio, atividade econômica das mais antigas e imemorialmente exploradas pela iniciativa privada: quem irá dizer que não atende tanto a um interesse público quanto a uma necessidade essencial das sociedades?

Exposto isso, considera-se acertada a conclusão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “daí ser correta a afirmação de que todo **serviço público visa atender a necessidades públicas**, mas nem toda atividade de interesse público é serviço público” (2001, p. 100). Então, na esteira do que já transcrevemos de Celso Ribeiro Bastos, acompanhado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 631) e do também já citado Toshio Mukai (2004, p. 192-193), para que se caracterize dada atividade como serviço público é preciso que o Estado as assumam como de sua atribuição.

Portanto, o interesse público que reside na existência de serviços públicos também se dirige a fazer com que sejam prestados pelo Estado ou, pelo menos, sob sua supervisão direta – como ocorre nas concessões ou permissões – em um regime de direito público, a circundar a prestação de serviços públicos de prerrogativas e restrições ausentes no direito privado.

Assim, quando uma atividade econômica é identificada como de necessidade essencial e se conclui que, como condição para que se dê adequadamente, é melhor que seja explorada

em regime de direito público, tem-se um serviço público. Por adequada entende-se a exploração que, visando aos seus fins, faz aceitável uso dos meios, eliminando comum e grave risco que existe na iniciativa privada – que o resultado seja atingido mediante a subversão dos instrumentos, de forma a elevar o lucro. A Lei nº 8.987/1995, que cuida da concessão e permissão de serviços públicos, diz que serviço adequado “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. Para oferecer essa garantia de adequação é que se presta o regime de direito público, conforme atesta Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, p. 633-634):

Por meio de tal regime o que se intenta é instrumentar quem tenha a seu cargo garantir-lhes a prestação com os meios jurídicos necessários para assegurar a boa satisfação dos interesses públicos encarnados no serviço público [...] Com efeito, ao erigir-se algo em serviço público, bem relevantíssimo da coletividade, quer-se também impedir, de um lado, que terceiros os obstaculem e; de outro; que o titular deles; ou quem haja sido credenciado a prestá-los; procedam, por ação ou omissão, de modo abusivo, quer por desprezitar direitos dos administrados em geral, quer por sacrificar direitos ou conveniências dos usuários do serviço.

Importante observação deve ser feita para que não se confunda a atuação estatal comentada acima com aquela de que cuida o artigo 173 da Constituição da República de 1988. Na hipótese de exploração de atividade econômica em sentido estrito, a presença do Estado se justifica não para assumir a atividade – como ocorre no âmbito dos serviços públicos –, mas para auxiliar a regulação do mercado ou proteger-se de interesses escusos. Assumir exclusivamente para si uma atividade econômica em sentido estrito, em verdade, é vedado, haja vista que geraria monopólio não previsto na Constituição da República. Dessa forma, quando interfere nas atividades econômicas reservadas ao setor privado, o Estado não o faz por concluir que pode somente ele atuar adequadamente – acredita-se que a iniciativa privada pode realizá-lo e, na maioria dos casos, já o realiza – mas o faz para atender a necessidades já conhecidas: imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Exposto isso, se essa pode ser tomada como explanação acerca do critério material, importa de arremate voltar ao critério formal. Afinal, registrou-se de início que uma definição de serviço público deveria atender à conjunção dos dois critérios, conforme opina Toshio Mukai: “somente haverá serviço público, quando pudermos justapor um conceito material de serviço público a um conceito formal” (2004, p. 175). No mesmo caminho escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

Conclui-se, pois, espontaneamente, que a noção de serviço público há de se compor necessariamente de dois elementos: (a) um deles, que é seu *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados; o outro, (b) *traço formal* indispensável, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, consistente em um *específico regime de Direito Público*, isto é, numa “unidade normativa”. (MELLO, 2005, p. 635)

De tal modo, o serviço público deve ser aquele legalmente assim considerado, o que não quer dizer, entretanto, que a lei tenha o poder de converter em serviço público as atividades econômicas em sentido estrito. Fosse assim e qualquer entendimento ou mesmo ideologia poderia concluir pela caracterização de certa atividade como serviço público e fazê-lo contra a Constituição da República.

Por via da conjunção dos critérios material e formal quer-se dizer, na verdade, que um deve ser considerado à luz do outro. Nesse sentido, ocorre que as noções que se solidificam socialmente terminam, via de regra e por obra dos representantes populares, reconhecidas em lei. Ou seja: o “mundo dos fatos” impõe-se de tal forma que seduz o “mundo do direito” a dobrar-se a ele.

A elaboração de uma determinada e particular norma de direito não é mera expressão do arbítrio do poder, nem resulta objetiva e automaticamente da tensão fático-axiológica operante em dada conjuntura histórico-social: é antes um dos momentos culminantes da experiência jurídica, em cujo processo se insere positivamente o poder (quer o poder individualizado em um órgão do Estado, quer o poder anônimo difuso no corpo social, como ocorre na hipótese das normas consuetudinárias), mas sendo sempre o poder condicionado por um complexo de fatos e valores, em função dos quais é feita a opção por uma das soluções regulativas possíveis, armando-se de garantia específica (institucionalização ou jurisfação do poder na nomogênese jurídica). (REALE, 1994, p. 61)

Conclui-se, por exemplo, que o rol de serviços públicos contidos na Constituição da República – como os já mencionados do artigo 21 – são aqueles que, num consenso social, correspondem a ofícios vinculados a necessidades essenciais que só podem ser satisfeitas adequadamente pelo Estado ou particulares por via de concessão ou permissão – logo, em regime de direito público.

Enfatize-se, contudo, que, a despeito de a Constituição da República de 1988 arrolar alguns serviços públicos, ela não fecha o universo naqueles que enumera textualmente, de acordo com o que também pensam Celso Antônio Bandeira de Mello (1979, p. 21) e Roberto Ribeiro Bazilli (1994, p. 17). É que outros poderão ser reconhecidos na legislação infraconstitucional desde que possam se amoldar a elementos valorativos contidos na própria Constituição. Essa é a sugestão de Eros Roberto Grau ao recorrer aos princípios constitucionalmente erigidos como parâmetros conformadores das atividades denominadas

serviços públicos (2003, p. 113), pois seu exame é capaz de apartar serviços públicos de atividades econômicas em sentido estrito, na medida em que conduz à identificação de necessidades essenciais. Assim, o mesmo autor assinala a importância dos princípios estampados nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição da República de 1988 (2003, p. 112), estes a seguir transcritos:

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

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A partir do exposto, percebe-se como permanece em aberto a noção estudada, de tal modo que, conforme o momento histórico, atividades poderão tanto ser retiradas quanto inseridas do âmbito dos serviços públicos. Decerto, tamanha a potência hermenêutica dos princípios, a evolução das sociedades pode fazer com que atividades econômicas que, quando da Assembléia Constituinte, eram vistas tão-só em sentido estrito, sejam convertidas em serviços públicos. À guisa de exemplo, em 1988 dificilmente se imaginaria as atuais

demandas por “inclusão digital”. Hoje, entretanto, várias frentes de atuação estatal se abrem no caminho de permitir o acesso irrestrito da população à rede mundial de computadores.

Desse modo, vencida esta fase do estudo, importa agora adentrar outra questão ligada à definição de serviço público e cuidar daqueles prestados internamente à Administração, denominados “serviços de apoio administrativo”.

3.3.3 – Serviço público de apoio administrativo

No subcapítulo 2.2.5.2, o tema de que se passa agora a cuidar começou a ser abordado, ocasião em que se escreveu que há entidades que se dedicam a atividades que visam a oferecer vantagens e atender conveniências do próprio ente que as criou, prestando seus serviços exclusivamente a este e, portanto, não se apresentando ao mercado, muito embora suas atividades, se consideradas fora do contexto da Administração Pública, identifiquem-se com atividades econômicas em sentido estrito. Com efeito, há pouco se viu que qualquer serviço público, se considerado fora do contexto da Administração Pública, isto é, fora de um necessário regime de direito público, se identificaria com atividades econômicas em sentido estrito.

Por esse motivo não deve causar estranhamento o fato de os denominados serviços de apoio administrativo, em si, corresponderem a uma atividade comum. Tome-se como exemplo a diagramação e impressão de jornais, serviço comum e largamente explorado em regime de concorrência por um sem número de empresas da iniciativa privada, consubstanciando, logo, atividade econômica em sentido estrito. Ocorre que o Estado também tem interesse em serviços de diagramação e impressão de jornais, pois nestes se publicam atos administrativos e questões de outras naturezas. Porém, o Estado deseja um grau elevado de segurança e sigilo em trabalhos como esses, de tal modo que a iniciativa privada não pode observar seus anseios, porquanto cuidam de informações que não se pode deixar de dar, isto é, serviço que não pode ser descontinuado, sob risco de paralisia da Administração. Nessa hipótese, as circunstâncias criam necessidade essencial a ser atendida por serviço que só pode ser prestado adequadamente em regime de direito público, mas com uma única diferença em relação aos serviços públicos com que comumente se lida: não são prestados diretamente aos cidadãos.

Este é um ponto de divergência encontrado acerca da definição de serviço público e dele depende o enquadramento dos serviços de apoio administrativo: é serviço público somente aquele prestado diretamente ao cidadão?

Celso Antônio Bandeira de Mello, em definições já transcritas acima, entende que sim (1979, p. 18; 2005, p. 632). Para ele, o serviço público deve ser fruível por cada um dos cidadãos, no que não comporta, destarte, benefícios indiretos e difusos como os oferecidos pelos jornais oficiais – publicidade dos atos administrativos. Tal definição excessivamente restrita é criticada, conforme também já se noticiou acima, por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 96). Ademais, não corresponde à opinião de autores como Hely Lopes Meirelles (2001, p. 311), igualmente já citado, e José dos Santos Carvalho Filho, este que assim registra:

O Estado, ao prestar serviços públicos, sempre se volta aos interesses da coletividade. Mas a fruição dos serviços pode ser direta ou indireta. De fato, quando executa serviços de organização interna, o Estado, embora atendendo à conveniência sua, beneficia indiretamente a coletividade.

Por essa razão, consideram-se *serviços administrativos* aqueles que o Estado executa para compor melhor sua organização, como o que implanta centro de pesquisa ou edita a imprensa oficial para a divulgação dos atos administrativos. (CARVALHO FILHO, 2005, p. 263)

Com efeito, o Estado não se resume à prestação final de comodidades aos cidadãos, mas se dedica também à sua própria organização, algo que é de idêntica importância. Em verdade, a organização do Estado igualmente destina-se à prestação de comodidades aos cidadãos, vez que os serviços prestados internamente se inserem num processo que alicerça a atuação externa do Estado, seja no campo das atividades legislativas, jurisdicionais e de exercício de poder de polícia, ou seja no campo das atividades econômicas. Assim, quando o Estado internamente gerencia sistema de informática destinado a auxiliar na administração de tributos, dá supedâneo à externa prestação de serviços públicos que desses recursos dependem. Quando o Estado internamente cuida da publicidade dos concursos públicos destinados a contratar agentes, alicerça a prestação externa de serviços públicos que dependerão da força de trabalho destes.

Por isso é de nossa opinião que a definição restrita de Celso Antônio Bandeira de Mello não é a mais adequada, sendo melhor que se adote a pura noção apresentada acima, sem que se discuta a qualidade direta ou indireta do proveito obtido pela sociedade. Note-se que, levada a cabo a definição do respeitado autor, não venceria o crivo, por exemplo, a emissão de moeda – atividade prevista constitucionalmente como de competência da União e

apontada comumente como serviço público –, pois tal prestação não é fruível singularmente pelos cidadãos. No entanto, parece indiscutível a necessidade essencial dessa atividade para a sociedade, bem como aceitável que o Estado a assuma para si, como condição para a sua adequação.

Dessa feita, a sugestão é que, independentemente de prestado direta ou indiretamente aos cidadãos, simplesmente se busque encaixar o serviço nos delineamentos já acima apresentados da noção de serviço público: determinada atividade econômica é fundamental para a consecução das finalidades do Estado, a partir do que, nela se vislumbra uma necessidade essencial para a sociedade; noutro passo, conclui-se que essa necessidade essencial, como condição para que se dê adequadamente, é melhor que seja explorada pelo próprio Estado, a despeito de isso não constituir monopólio, porquanto a atividade econômica correlata aos serviços de apoio administrativo permanece de livre exercício.

Ademais, o privilégio da exclusividade não se refere ao prestador, mas ao cliente – o Estado –, que prestará em seu favor os serviços, por conta própria quando incumbir a exploração a um de seus órgãos (Imprensa Nacional, por exemplo), ou por via interposta quando contratar entidade que ele mesmo criou para prestá-los, seja autarquia (como a Imprensa Oficial de Minas Gerais), empresa pública (como a Empresa Gráfica da Bahia (EGBA)) ou sociedade de economia mista (como a Imprensa Oficial S.A. – IMESP, no estado de São Paulo). Para esse intento justifica-se a dispensa de licitação prevista no artigo 24, incisos VIII e XVI:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

[...]

XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;

Nessa oportunidade, importa comentar que a previsão de possibilidade de contratação direta dos referidos órgãos e entidades corrobora o entendimento de que empresas estatais prestadoras de serviço de apoio administrativo enquadram-se junto às prestadoras de serviço público e não às exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Ora, se fossem desta última categoria, tal contratação direta seria inconstitucional, conforme apontam Maria Sylvia

Zanella Di Pietro (2006, p. 119) e Marçal Justen Filho (2005a, 247), este com suas palavras transcritas abaixo:

Tem de reputar-se que a regra do inc. VIII apenas pode referir-se a contratações entre a Administração direta e entidades a ela vinculadas, prestadoras de serviço público (o que abrange tanto as prestadoras de serviço público propriamente dito como as que dão suporte à Administração Pública).

A regra não dá guarida a contratações da Administração Pública com entidades administrativas que desempenhem atividade econômica em sentido estrito. Se o inc. VIII pretendesse autorizar contratação direta no âmbito de atividades econômicas, estaria caracterizada inconstitucionalidade. É que as entidades exercentes de atividade econômica estão subordinadas ao disposto no art. 173, § 1º, da CF/88. Daí decorre a submissão ao mesmo regime reservado para os particulares. Não é permitido qualquer privilégio nas contratações dessas entidades. Logo, não poderiam ter a garantia de contratar direta e preferencialmente com as pessoas de direito público. Isso seria assegurar-lhes regime incompatível como o princípio da isonomia.

Repetidas vezes já se comentou neste estudo que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, por determinação constitucional, inserem-se no mercado em regime de competição, o que significa que não é permitido ao Estado conferir-lhes qualquer sorte de favorecimento, ainda que não seja vantagem expressamente vedada. Não poderia ser outra a solução, visto que o Estado se imiscui em atividades que são, a princípio, reservadas ao setor privado. Criar uma reserva de mercado – como realizado por via da dispensa de licitação apontada – é estabelecer vantagem em favor de uma empresa e em detrimento de todas as demais, medida que, portanto, atenta contra a igualdade constitucionalmente garantida entre elas, sejam estatais ou privadas. É nessa direção o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União (BRASIL, Acórdão nº 869/2006 – Plenário, 2006; Acórdão nº 1705/2007 – Plenário, 2007; Acórdão nº 2565/2007 – Primeira Câmara, 2007), ao afirmar ser lícita a contratação direta de empresas estatais de apoio administrativo, pois se encaixam não dentre aquelas exploradora de atividade econômica em sentido estrito, mas no grupo das chamadas prestadoras de serviço público.

Do exposto, conclui-se, então, na esteira do prelúdio já feito no subcapítulo 2.2.5.2, que as atividades econômicas exploradas pelo Estado com a finalidade de oferecer vantagens a si e atender conveniências exclusivamente suas se encontram dentro da delimitação que se traçou por meio da noção de serviço público apresentada acima. Não são, portanto, atividade econômica em sentido estrito, mas serviço público, muito embora sua fruição pelos cidadãos seja percebida apenas indiretamente.

4 – REGIMES JURÍDICOS DAS EMPRESAS ESTATAIS

A esta altura do desenvolvimento deste trabalho já restou clara a importância da distinção que se faz entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Todo o estudo apresentado acima, a despeito de em si mesmo relevante, para o objetivo presente não basta, cumprindo finalmente aplicá-lo a orientar a definição do regime jurídico a que se submete cada uma das categorias de empresas estatais, bem como as consequências de seu regime a influenciar a funcionalidade de tais entidades do Estado.

Segue-se que o campo de atuação de cada empresa irá atrair para esta um regime jurídico apropriado ao desenvolvimento de seus fins. Assim, as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, por visarem à intervenção do Estado na ordem econômica, atuando excepcionalmente em campo reservado à iniciativa privada, atraem para si o regime de direito privado. Segundo Toshio Mukai, “é que o fundo dita a forma. Se o fundo (o conteúdo da atividade) é econômico, a forma é realmente privada, por imperativo do princípio da isonomia econômica” (2004, p. 292). De outra sorte, as prestadoras de serviço público, ao cuidarem de atividades essencialmente ligadas aos anseios da sociedade junto ao Estado, atraem para consecução e proteção de suas finalidades o regime de direito público.

Entretanto, a subsunção de uma atividade a um regime jurídico não é absoluta, isto é, uma empresa estatal não se submete a este ou aquele estatuto completamente. Há questões acerca das prestadoras de serviço público que são regidas pelo direito privado, bem como determinados temas sobre as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito dos quais se ocupa o direito público. Consiste isso no chamado caráter híbrido das empresas estatais, ou seja, na qualidade destas que impele o estudioso de suas naturezas a concluir pela incidência prioritária ou majoritária de um regime em detrimento da incidência secundária ou minoritária do outro regime, mas nunca na incidência única e total de um só estatuto jurídico. Nesse caminho, José Cretella Jr. é de opinião que o caráter híbrido das empresas estatais faz o estudo de seus regimes transcender o direito público e o direito privado, situando-se no âmbito da teoria geral do direito (1990, p. 299).

Não se diz, portanto, que determinada categoria de empresa estatal se sujeita totalmente a um regime jurídico. Se no Estado se aplica somente o direito público e na iniciativa privada tão-só o direito privado, nas empresas estatais tem-se uma composição de direito público e direito privado a um só tempo e “dosado” conforme a atividade à qual se

dedicam. Fala-se de “dosagem” porque a coerência mostra a necessidade de ponderar a aplicação do regime minoritário, restringindo-o ao que se manifestar estritamente necessário, sob pena de se promover disparidade entre a finalidade da empresa estatal e o regime jurídico que se lhe impõe como meio. Sem embargo, na esteira do registrado por Eros Roberto Grau (2003, p. 103), diz-se que “há distintos níveis de incidência dos princípios jurídicos, o que nos leva à construção de *modelos de regimes jurídicos em diversos níveis*”, a partir do que também se confirma a necessidade de uma cuidadosa dosagem.

A análise do citado autor é decerto relevante¹², pois não se prende tão-somente a intentar definir o regime jurídico de cada espécie de empresa, mas a pensar neste regime jurídico em diferentes níveis, quais sejam, os níveis do regime jurídico estrutural, do regime jurídico funcional interno e do regime jurídico funcional externo.

Quando penso no *regime estrutural* da empresa estatal, estou a dela cogitar em termos estáticos, isto é, em seu formato institucional. Posso – e devo, imperiosamente – então, verificar que há um *regime jurídico estrutural* [...] e, pelo menos, dois *sub-regimes jurídicos funcionais* aplicáveis às empresas estatais. Os últimos entendidos como *funcional interno* – relações de empresa com o Estado – e *funcional externo* – relações da empresa com o setor privado. (GRAU, 2003, p. 104)

Desse modo, propõe o autor que seja observada a incidência do direito público ou do direito privado conforme regimes em diversos níveis. O nível estrutural, primeiramente, consiste no modo de organização que o Estado elegeu para sua criatura. Em sede de empresas estatais, fala-se em organização empresarial conforme o modelo privado – que, para a dinâmica de desenvolvimento de certas atividades econômicas, parece mesmo mais indicado – e, conseqüentemente, na forma de composição de seu capital – o que definirá sua classificação em empresa pública ou sociedade de economia mista. Além da organização do capital, este nível também se ocupa da disciplina atinente ao trabalho – o corpo de agentes que compõem a estrutura da entidade. Ou seja, a partir do nível estrutural do regime jurídico também se definem as normas que regerão as relações entre a empresa e seus trabalhadores.

Por sua vez, o nível funcional interno do regime jurídico refere-se às relações da empresa estatal com o Estado, isto é, como este as cria ou extingue, assim como o modo de controle que impõe sobre elas.

Finalmente, no nível funcional externo do regime jurídico se discute o relacionamento da empresa estatal com terceiros, isto é, de que forma se dão as relações jurídicas com outras

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello sugere sistematização semelhante, cuidando do regime jurídico conforme: a) relações com a pessoa que criou a empresa estatal; b) relações com terceiros; e c) relações internas (2005, p. 188-205).

pessoas que não o Estado – sejam clientes ou fornecedores –, como os escolhe e que espécie de contrato celebra.

Importa observar que os três níveis são independentes, pois se acolhe o regime de direito público ou de direito privado em cada um deles, sem que, contudo, outro receba influência, conforme já advertiu Eros Roberto Grau (2003, p. 104):

Não há nenhuma interpenetração necessária entre tais regimes. E não posso, por isso mesmo, tomando de um determinado princípio – que, por exemplo, condicione o seu regime estrutural – lançá-lo de um só golpe sobre os âmbitos dos demais regimes que, no nível funcional, aplicam-se à empresa estatal.

Em resumo, entende-se que a cada nível se deve realizar a dosagem do regime, que sem dúvida será, para as exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, de direito privado com breves derrogações de direito público, e, quanto às prestadoras de serviço público, de direito público com breves derrogações de direito privado.

Destarte, adiante se fala do regime jurídico, conforme seus diversos níveis, para cada uma das duas espécies de empresas estatais.

4.1 – Regime jurídico das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito

Como já se sabe, a sujeição das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito ao direito privado não é escolha, mas uma imperiosa necessidade para que se faça respeitar o espaço constitucionalmente garantido à iniciativa privada. Nesse sentido, quando intervém em campo que não lhe é próprio, o Estado se despe de parte das prerrogativas de direito público com as quais, no exercício de suas atividades comuns, se encoraja para proteger o interesse público. Ocorre que, na exploração de atividade econômica em sentido estrito, o interesse público faz o oposto, isto é, exige que o Estado se desproteja, sob pena de solapar a iniciativa privada que também é sustentáculo da economia, na medida em que as empresas estatais se encontrariam cingidas de vantagens concorrenciais.

Nenhuma vantagem se permite, portanto, das empresas estatais dessa espécie frente a suas concorrentes, conforme se lê da Constituição da República de 1988 em seu artigo 173, que – volte-se a ressaltar – não se restringe a vantagens tributárias, mas trata de vedar

qualquer uma delas. Nesse raciocínio, sequer o privilégio de foro – conforme já se criticou – seria concebível, apesar de incoerente e indiscriminadamente concedido às empresas públicas federais pelo inciso I do artigo 109.

Ademais, considerando o interesse de tais empresas estatais de provocarem intervenção eficaz no mercado, a adoção de institutos de direito privado torna-se proveitosa também no sentido de lhes permitir explorar atividade econômica em um grau de dinamismo não alcançado pelos meios de direito público. Logo, mediante um regime de direito privado, a agilidade das empresas estatais exploradoras de atividade econômica, se não puder equiparar-se à das empresas privadas, deverá se aproximar disso, pois, do contrário, não cumprirá o objetivo estatal de torná-las relevantes.

Em face do exposto, tem-se clara a necessária incidência do direito privado sobre as empresas estatais exploradoras de atividade econômica. Por que se cogitaria, então, de lhes infligir derrogações de direito público?

Ora, em que pese explorarem atividade econômica em sentido estrito, tais empresas estatais continuamente e desde o nascedouro atuam como coadjuvantes do Estado, conforme expressão usada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem, em função disso mesmo, nada pode afastá-las das finalidades últimas almejadas pela organização estatal – o bem-estar coletivo (2005, p. 179). Isso quer dizer que, muito embora a finalidade imediata de uma empresa estatal seja a exploração de atividades bancárias, por exemplo, sua finalidade mediata tem de se encontrar com aquela do Estado – o bem comum revelado no interesse público.

Nessa direção, a empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito, ao perseguir sua finalidade, não pode lançar mão de qualquer meio, pois tem também um compromisso deontológico junto à sociedade. Não se pode admitir, portanto, que a busca dos fins possa perverter o emprego dos meios, como ocorreria caso se permitisse adquirir bens ou contratar agentes de qualquer modo, circunstâncias em que estaria evidente a possibilidade – e probabilidade – de favorecimento privado. Portanto, patrocinar ampla liberdade de uso dos meios, como ocorre na iniciativa privada, seria, quanto a empresas estatais, “converter-se o *accidental* – suas personalidades de Direito Privado – em *essencial*, e o *essencial* – seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado – em *accidental*” (MELLO, 2005, p. 179).

As derrogações de direito público advém, destarte, como medida destinada a evitar o mau uso da empresa braço do Estado – se não houvesse necessidade de controle a sujeição ao direito privado seria total.

Ademais, os princípios típicos de direito administrativo se aplicarão jamais para opor prerrogativas de direito público às concorrentes da iniciativa privada, mas sim para garantir que tais entidades não deixarão de obedecer ao interesse público que justificou sua criação. Note-se que, de certa perspectiva, as derrogações terminam mesmo é por desfavorecer a empresa estatal diante de suas concorrentes, pois podem encarecer procedimentos ou, pelo menos, torná-los mais vagarosos. Nesse sentido preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello, ao escrever que:

É preciso, pois, aturado precatório para não incorrer no equívoco de assumir fetichisticamente a personalidade de Direito Privado (como costumava ocorrer no Brasil) das estatais e imaginar que, por força dela, seu regime pode ensejar-lhes uma desenvoltura equivalente à dos sujeitos cujo modelo tipológico inspirou-lhes a criação. (2005, p. 179)

Portanto, as derrogações de direito público se darão em tudo quanto for necessário para preservar o interesse público que subsiste no cerne da existência das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Ao contrário de José Maria Pinheiro Madeira, que reconhece as derrogações, mas afirma que só se aplicam em caso de norma expressa e de interpretação escrita (2000, p. 334), nossa opinião é de que os princípios, em virtude de sua força, não igualmente de restringir o âmbito do direito privado. Aponta para essa direção o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem também há derrogação constitucionalmente implícita (2001, p. 375).

Finalmente, de retorno à divisão do regime jurídico em níveis sugerida por Eros Roberto Grau e anteriormente apontada, infere-se que, quanto ao regime jurídico estrutural, as empresas estatais exploradoras de atividade econômica são regidas predominantemente pelo direito privado, pois o simples fato de se organizarem conforme os institutos do direito comum não implica necessidade de controle do direito público – e, portanto, de derrogações publicistas. Ademais, a organização conforme o direito privado é capaz de lhes conferir maior agilidade. Apenas sofrem derrogações de direito público quanto a seu regime de pessoal, pois, do contrário e conforme já se comentou, a entidade estatal poderia se tornar meio de favorecimento pessoal.

Acerca do regime jurídico funcional interno, também é predominantemente de direito privado, mas não completamente, vez que seus atos encontram-se sujeitos ao controle dos tribunais de contas, embora ainda se discuta o âmbito de incidência.

Sobre o regime jurídico funcional externo, é, da mesma forma, predominantemente de direito privado, não se tornando completo por conta das derrogações de direito público, como

a obrigatoriedade de licitação, realizadas para que a empresa não se transforme em ferramenta de favorecimento pessoal.

4.2 – Regime jurídico das empresas estatais prestadoras de serviço público

Diferentemente das exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, as empresas estatais prestadoras de serviço público exercem atividades típicas do Estado e, que, por conseguinte, não dizem respeito ao campo reservado aos particulares, no qual impera a liberdade de iniciativa e de concorrência. A existência de tais entidades, conforme já se comentou, decorre tão-somente da estratégia administrativa de descentralização adotada pelo Estado, sem intenção alguma de, por via delas, causar intervenção no mercado concorrencial. Portanto, não há de se falar que prerrogativas de direito público provocariam desequilíbrio e tratamento desigual entre empresas estatais e empresas privadas.

Ademais, por se dedicarem à prestação de serviços públicos, atraem para si toda a sorte de princípios de direito público que se destinam a guardar essa espécie de atividade econômica, a exemplo do princípio da continuidade do serviço público. Por essa razão, afirma-se que a incidência do direito público sobre a empresa estatal se dá não apenas para proteger a sua pessoa, mas também para defender o adequado exercício de sua atividade.

Nesse sentido se ajunta a grande maioria da doutrina para opinar em favor de um regime diferenciado daquele que cinge empresas estatais exploradoras de atividade econômica, ou seja, a mitigar ainda mais o alcance do direito privado em se tratando de prestadoras de serviço público. Arrazoando nessa linha de entendimento, Celso Antônio Bandeira de Mello escreve que “é natural que sofram influxo mais acentuado de princípios e regras de Direito Público, ajustados, portanto, ao resguardo de interesses desta índole” (MELLO, 2005, p. 184).

No plano da jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal tem emitido sucessivas considerações a coroar tal raciocínio, a grande parte delas em sede de julgados a envolver a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, prestadora do serviço público apontado no inciso X do artigo 21 da Constituição da República de 1988. O tema foi tratado em várias ocasiões, dentre elas no Recurso Extraordinário nº 220.906/DF, no qual se decidiu que a referida empresa pública, por não explorar atividade econômica em sentido estrito, mas sim cuidar de serviço público de competência da União, observa o regime de precatórios e tem

seus bens, rendas e serviços protegidos por impenhorabilidade. A mesma linha de argumentação conduziu o STF a reconhecer em outros julgados, em favor da dita empresa pública, o benefício fiscal do artigo 150, inciso VI, alínea “a”, da Constituição da República de 1988, chamado imunidade tributária recíproca. Decorre do exposto que o STF tem observado a ECT – e, mais recentemente, a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO, conforme se lê do Informativo STF nº 475, de 15 de agosto de 2007 – de acordo com a natureza jurídica de uma autarquia.

Diante disso, se concluirá que as empresas estatais prestadoras de serviço público são, inclusive quanto à sua organização, integralmente submetidas ao direito público, como o são as autarquias, sem que nada lhes fique de direito privado?

Toshio Mukai entende que sim. O referido autor não se satisfaz em simplesmente ter por mitigada a amplitude do direito privado, mas sustenta a sua completa ausência, afirmando que o direito público incide em sua plenitude no regime dessas empresas estatais e que, portanto, sua roupagem de direito privado é uma mera simulação (2004, p. 239 e 260). Em suas razões, o autor diz que serviços públicos devem ser regidos pelo direito administrativo, como é natural, e não pelo direito privado. Desse modo, Mukai recusa a existência de um caráter híbrido ao entender que o regime de direito público inerente ao serviço público repele por completo o direito privado (2004, p. 230). Ademais, aduz que a Constituição da República de 1988 cuidou dos serviços públicos tão-só no artigo 175, no qual nada se fala de sua prestação por empresas estatais, as quais merecem consideração apenas no artigo 173, o que indica serem entidades previstas exclusivamente para a exploração de atividade econômica:

Portanto, na interpretação do texto constitucional avulta esse aspecto: a Constituição somente prevê a existência de empresas públicas ou sociedades de economia mista gerindo atividades econômicas simples, não assim explorando serviços públicos industriais ou comerciais. Dito de outra forma, o legislador constituinte não acolheu a constituição de empresas públicas ou sociedades de economia mista para a exploração de serviços públicos industriais ou comerciais como sendo algo natural ao sistema orgânico da Administração Pública.

[...]

Conclui-se pois que, quando o legislador ordinário cria uma empresa pública (*lato sensu*) para gerir serviço público industrial ou comercial diante do texto constitucional brasileiro, ele comete uma impropriedade jurídica flagrante, devendo então a personalização privada que a lei correspondente operar ser tomada por simulação jurídica. (MUKAI, 2004, p. 260)

O posicionamento de Toshio Mukai, entretanto, é isolado e com ele não se ajunta a maioria da doutrina brasileira. Na divisão do regime jurídico em níveis, mesmo fixando-se entendimento de que, com o intuito de proteger os serviços públicos, os níveis funcionais

interno e externo sejam de direito público, não se chega à conclusão de que o nível estrutural também o seja, ao contrário do que o referido autor afirma: “as relações organizativas devem ser da mesma natureza dos serviços públicos administrativos” (2004, p. 268).

Na esteira da inexistência de interpenetração entre os níveis – conclusão de Eros Roberto Grau já noticiada –, a incidência de direito público ou privado em um nível não faz com que se presuma que outros serão afetados. Destarte, não se conclui que a demanda de guarida no direito público, referente aos serviços públicos, que se dá nos níveis funcional interno e externo, necessariamente alcance o nível estrutural. Ou seja: a natureza dos serviços públicos não arreda a possibilidade de que sejam prestados por entidade com estrutura de direito privado.

Decerto, a natureza autárquica, segundo apontada pelo STF, parece sugerir a adequação total das empresas estatais prestadoras de serviço público ao modelo conhecido das autarquias, estas integralmente de direito público. Sem dúvida, assemelham-se por cuidarem de serviços públicos a título de descentralização. Assim sendo, por que, ao invés de empresa, não se cria uma autarquia de pronto?

Porque, a depender da específica atividade, a escolha por um regime jurídico estrutural de direito privado pode fazer – em tese – que se obtenha melhor desempenho do que o esperado de uma autarquia comum. É essa a visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, porquanto acha que o interesse do Estado, ao criar empresa estatal para a prestação dos serviços públicos que lhe cabe, é acolher um regime operacional ágil, típico de empresas privadas (1979, p. 96). José Cretella Jr. alinha-se ao dizer que a escolha pela organização empresarial é questão da ciência da administração, e não do direito administrativo (1990, p. 400). Mas essa possibilidade de escolha teria sido dada pela Constituição da República de 1988 ao estudioso da ciência da administração?

A resposta em Toshio Mukai, já se viu, é negativa, pois para este autor a Carta de 1988 apenas cuida de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito, e disso se deduz que não permite a criação de tais entidades para outros fins. Diogenes Gasparini, entretanto, responde positivamente ao dizer que a possibilidade de que sejam criadas se infere do § 6º do artigo 37 da Constituição da República, a mencionar que pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público respondem objetivamente pelos danos que causarem seus agentes. Ora, conclui Gasparini, se respondem objetivamente é natural que possam ser criadas (2007, p. 435). Na linha deste último autor, cumpre dizer também que, se a Constituição da República de 1988 fosse opositora da prestação de serviços

públicos por pessoas de direito privado, não teria previsto, no mesmo artigo 175, condições para a concessão.

Dessa feita, a idéia de que as empresas estatais prestadoras de serviço público têm natureza autárquica precisa ser vista com reservas. O arcabouço de proteção dos serviços a que se dedicam é o mesmo que se invocaria em sede de uma autarquia, atraindo um regime jurídico funcional interno de direito público, pois o controle de seus atos, para que a empresa mantenha adequação em sua atividade, necessita ser pleno. O mesmo se diga a respeito do regime jurídico funcional externo, porquanto suas relações com particulares devem ser protegidas no sentido de evitar malefícios à continuidade do serviço público prestado.

Entretanto, não há de se falar em autarquia, pois ainda há incidência do direito privado. O que fica de direito privado está no regime jurídico estrutural, dada a organização empresarial, tipicamente de direito privado, que é empregada nas prestadoras de serviço público no intento de lhes permitir maior desenvoltura em relação àquela experimentada pelo ente ou mesmo por suas descentralizações autárquicas. Mas, ainda nesse nível de regime jurídico estrutural se vislumbra incidência do direito público em entidades desta espécie. Assim se diz a respeito de seu regime de pessoal, que, embora regido pelo direito do trabalho, não comporta hipóteses como a livre contratação e dispensa imotivada.

Ademais, entende-se que confundir autarquia com empresa estatal, ainda que esta seja prestadora de serviço público, é equívoco de interpretação, vez que a Constituição da República de 1988, em que pese não lhes dê conceito, expressamente menciona as duas espécies de entidades. Ora, ignorar tal distinção feita constitucionalmente seria concluir que o texto constitucional contém palavras inúteis.

Destarte, quanto aos diferentes níveis de seus regimes jurídicos, tem-se abaixo um quadro de comparação entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e empresas estatais prestadoras de serviço público.

<i>Regime jurídico</i>	<i>Prestadora de serviço público</i>	<i>Exploradora de atividade econômica em sentido estrito</i>
Nível estrutural	Predominantemente de direito privado	Predominantemente de direito privado
Nível funcional interno	Direito público	Predominantemente de direito privado
Nível funcional externo	Direito público	Predominantemente de direito privado

Quadro 1: Níveis de regime jurídico

4.3 – O problema da “impureza” das atividades

Realizada toda essa exposição a respeito da distinção entre empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito e prestadoras de serviço público, assim como acerca dos regimes jurídicos que se lhes aplicam, cumpre apontar outro elemento a imprimir dificuldade na tarefa de compreensão da natureza dessas entidades.

Uma constatação cada vez mais uniforme que se faz é aquela correlata à diversidade das atividades a que se dedicam, em boa parte ultrapassando o ofício a que foi restrita quando de sua criação. Dito de outra forma, percebe-se cada vez mais a presença concomitante, no leque de utilidades oferecidas por uma única empresa estatal, de atividades econômicas em sentido estrito e serviços públicos, mistura que vem a provocar “impureza” em seu regime.

Como exemplo de exploradora de atividade econômica em sentido estrito que também presta serviço público, tome-se a Caixa Econômica Federal – CEF, que, atualmente, se apresenta como banco e, ao mesmo tempo, gestor do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e instrumento da União para a consecução de variada sorte de seus programas sociais, como habitação e distribuição de renda.

Em outra ponta, cite-se empresas estatais prestadoras de serviço público que, acidentalmente, exploram também atividade econômica tipicamente privada. Primeiramente, examine-se a Casa da Moeda do Brasil – CMB, empresa pública federal que, além de cuidar da emissão de moeda – serviço público assim apontado no inciso VII do artigo 21 da Constituição da República –, atualmente se responsabiliza pela fabricação de selos cartoriais, cartões telefônicos, bilhetes magnetizados para transporte público e formulários de segurança para impressão de notas-fiscais, entre outros produtos (CMB, 2008). Outro exemplo é aquele oferecido por Marçal Justen Filho (2005b, p. 109), que aponta para a Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária – INFRAERO, braço da União na prestação do serviço público previsto na alínea “c” do inciso XII do artigo 21, e que, simultaneamente, incita e gerencia exploração econômica tipicamente privada de estabelecimentos comerciais em aeroportos.

Com efeito, o mesmo autor observa que tal circunstância encontra previsão em sede da Lei nº 8.987/1995 (JUSTEN FILHO, 2005b, p. 109-110), que cuida da concessão e permissão de serviços públicos:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Nesse caminho, se a lei permite que empresas tão-somente concessionárias de serviços públicos, com permissão do ente concedente e com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, explorem fontes alternativas de receita – isto é, atividades econômicas diversas do serviço público por elas prestado –, não vedaria o ordenamento jurídico que empresas estatais prestadoras de serviço público explorassem atividades econômicas em sentido estrito, desde que com igual e louvável intento de subsidiar tarifas menores, além de permissão do ente titular do serviço público. Nesse caso, como não se fala de concessão e, portanto, de edital de licitação, entende-se que a permissão deve constar dos atos constitutivos da empresa.

Sem dúvida, ainda sobre prestadoras de serviço público que concomitantemente avançam sobre o campo das atividades econômicas em sentido estrito, o exemplo mais evidente é a ECT, em cujas agências notoriamente se encontra oferecida volumosa sorte de utilidades que excedem a natureza de serviço postal e correio aéreo nacional, apenas estes apontados pelo inciso X do artigo 21 da Constituição da República de 1988. Nesse ensejo, é relevante anotar que o exercício de tais atividades e a exclusividade que a ECT alega deter sobre algumas delas é atualmente objeto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 46, apresentada ao STF pela ABRAED – Associação Brasileira das Empresas de Distribuição.

A relevância da presente constatação é que dela advém a necessidade de se refletir sobre a impureza de suas atividades no regime jurídico da empresa estatal. Ora, se se concluiu acima que serviços públicos reclamam por proteção dos preceitos de direito público, mesmo quando prestados por entidades exploradoras de atividades econômicas em sentido estrito, necessitarão de especial consideração no caminho de lhes garantir controle e guarda de sua continuidade. Da mesma forma, se se entende que atividades econômicas em sentido estrito não podem ser exploradas pelo Estado mediante vantagem concorrencial, mesmo quando se encontrarem oferecidas ao lado de serviços públicos deverão ser disciplinadas pelo direito privado, sob risco de desequilibrar a livre concorrência constitucionalmente assegurada.

Disso resulta que em uma mesma empresa estatal será possível encontrar atividades submetidas a regimes jurídicos diferentes. Por conseguinte, a fim de que não se acoberte incoerências, é prudente não tomar a empresa como um corpo monolítico, integral e imutavelmente submetido a uma mesma disciplina jurídica. A dosagem de direito público e

direito privado deverá, portanto, considerar individualmente cada um dos ofícios a que a entidade se dedica, ainda que acidental e periférico em relação à finalidade para a qual foi concebida pelo Estado.

5 – CONCLUSÃO

Ao fim, cumpre retornar ao que já foi afirmado quando da introdução do leitor ao presente trabalho: os regimes jurídicos das empresas estatais brasileiras são aqueles expressa ou principiologicamente traçados pela Constituição da República, parca e imprecisamente observados pela legislação infraconstitucional, além de ampla e acirradamente debatidos em jurisprudência e doutrina.

O debate, conforme se demonstrou, suscita copiosos diálogos entre o direito público e o direito privado, assim provocados pela natureza híbrida dessas entidades que o Estado entendeu necessário criar para que fosse, por intermédio delas, melhor atendido o interesse público. Cumpre à prudência conter qualquer sorte de paixão nas controvérsias envoltas na definição do regime jurídico das prestadoras de serviços público e, sobretudo, das exploradoras de atividade econômica em sentido estrito – a mais híbrida das duas –, sob pena de petrificação do assunto sem que, todavia, chegue-se perto da solução. Em nossa opinião, o publicista se equivoca ao desprezar o regime concorrencial de mercado como dirigido também a guardar o interesse público, e o privatista erra ao se esquecer que o princípio da república persegue a atuação do Estado mesmo nas atividades que não lhe são próprias. Desses descuidos nascem duas conclusões em sentido diverso, porém igualmente insuficientes para o deslinde do presente problema.

A primeira se encontra a dizer que empresas estatais exploradoras de atividade econômica, por perseguirem o interesse público, cercam-se também das prerrogativas do direito público, ainda que isso lhes dê vantagem em relação às concorrentes do setor privado. Muito embora se lhes reconheça o interesse público subjacente em suas existências – outra coisa não lhes justificaria a criação –, interesse público também há na manutenção da livre e leal concorrência entre todos os agentes econômicos. Logo, um agente econômico estatal não pode se beneficiar de específica vantagem de direito público se ela trabalha para desequilíbrio em face de seus pares da iniciativa privada.

Disso não decorre, entretanto, que todas e quaisquer prerrogativas de direito público não lhes sejam aplicáveis. Entendemos que poderão ser aplicadas sim, mas desde que não provoquem desequilíbrio em relação concorrencial e, ademais, mostrem-se comercialmente convenientes, isto é, não embarçarem a capacidade dessas empresas de atuar eficazmente no mercado, ou seja, de competir. Perdendo a capacidade de competir, tais empresas deixarão de

ser relevantes como instrumento de intervenção estatal e, portanto, deixarão de observar o interesse público que sustenta sua manutenção.

A segunda conclusão que se tem por insuficiente afirma que tais empresas deveriam identificar-se em tudo às empresas privadas, despidendo-se, logo, de todas as amarras de direito público. Ora, igualá-las em tudo aos particulares seria inferir que podem se orientar por anseios próprios à maneira da autonomia da vontade típica de direito privado, ocasião que lhes poderia permitir favorecimento pessoal de toda espécie – conclusão claramente oposta ao preconizado no princípio da república, que contém em si vários outros princípios, como o da impessoalidade.

Nem livres de todas as amarras, tampouco dotadas de todas as prerrogativas, assim entende-se adequado pensar em uma empresa estatal exploradora de atividade econômica em sentido estrito. Seu objetivo indireto é o interesse público e seu objetivo direto é o máximo que puder obter de capacidade concorrencial conjugada com o princípio da república, meta que reclama por ponderação dos variados interesses que permeiam a ordem econômica, a intervenção estatal e a Administração Pública.

A referida ponderação deve ocorrer no trâmite de um processo dialético entre o direito público e o direito privado, de modo a alcançar uma síntese harmoniosa entre os dois, na qual um não tenha de se subordinar ao outro, acompanhando a tendência contemporânea de sinergia entre os ramos do direito, todos a partir da Constituição da República.

O duplo movimento [de publicização e particularização] pode ocorrer sadiamente, numa espécie de plasticidade favorável à abertura e à unidade do sistema pela promoção da sinergia benéfica entre as esferas do indivíduo e do Estado. Todavia, pode redundar numa contradição autofágica e devoradora do público ou do privado, contradição terrível, dado que significa ruinoso desperdício das mais elevadas conquistas no plano dos princípios, entre as quais a diretriz que impõe o respeito, nas esferas pública e privada, do interesse público propriamente dito. (FREITAS, 2003)

Essa cuidadosa ponderação entre o público e o privado há de permitir a dosagem a que diversas vezes se aludiu neste trabalho, consolidando a percepção das peculiaridades dos regimes jurídicos das empresas estatais pelo menos em sede principiológica e, quem sabe, na confecção do estatuto alardeado pelo § 1º do artigo 173 da Constituição da República, com redação dada pela Emenda nº 19, de 1998, obra que em dez anos ainda não se pôde realizar.

Teme-se, todavia, que a classificação a que se recorreu (prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica em sentido estrito), apesar de relevante, termine por considerar-se precária e insuficiente, haja vista a realidade que se observa no seio das

empresas estatais, a estampar o fato de que progressivamente elas já não se dirigem a um ofício apenas. A isso se chamou neste trabalho de impureza de suas atividades.

Destarte, o estatuto que hoje não se tem, quando nascer, talvez se encontre tão atrasado que terá sido ultrapassado pela evolução das dinâmicas administrativas das empresas estatais, pintando a constatação de que “a distinção entre entidades estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividade econômica retratou a situação jurídica existente em certo momento histórico” (JUSTEN FILHO, 2005b, p. 110), mas que em outro, futuro, poderá não se justificar plenamente, devendo tal critério de classificação ser pormenorizado com destino a se encontrar mitigado ou flexibilizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3.

BAZILLI, Roberto Ribeiro. Serviços Públicos e Atividades Econômicas na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nº 197, p. 10-21, jul./set. 1994.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm>. Acesso em 21 jan. 2008.

BRASIL. Imprensa Nacional. **Sítio institucional**. Disponível em <<http://portal.in.gov.br/imprensa>>. Acesso em 9 mar. 2008.

BRASIL. **Lei 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8666cons.htm>>. Acesso em 21 fev. 2008.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L8987cons.htm>>. Acesso em 8 mar. 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Departamento de Coordenação e Controle das Empresas Estatais – DEST. **Sítio institucional**. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/controle_estatais/index.htm>. Acesso em 9 mar. 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Empresas por Ministério Supervisor**. MP/SE/DEST, 2008. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/dest/empresas_por_ministerio_supervisor.pdf>. Acesso em 21 jan. 2008.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Empresas por Setor de Atividade**. MP/SE/DEST, 2008. Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/dest/empresas_por_setor_de_atividade.pdf>. Acesso em 21 jan. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 475**. 15 ago. 2007. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo475.htm>>. Acesso em 28 fev. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 220.906/DF**. Rel. Min. Maurício Corrêa. Data de julgamento 16 nov. 2000. Publicação DJ 14 nov. 2002. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 27 fev. 2008.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário nº 15.452/SP**. Rel. Min. Abner de Vasconcelos. Data de julgamento 13 ago. 1951. Publicação 13 jul. 1953. Disponível em <www.stf.gov.br>. Acesso em 1º mar. 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1705/2007**. Rel. Raimundo Carreiro. Data de julgamento 22 ago. 2007. Publicação DOU 29 ago. 2007. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 21 fev. 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 869/2006**. Rel. Marcos Vinícius Vilaça. Data de julgamento 7 jun. 2006. Publicação DOU 9 jun. 2006. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 21 fev. 2008.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Primeira Câmara. **Acórdão nº 2565/2007**. Rel. Aroldo Cedraz. Data de julgamento 28 ago. 2007. Publicação DOU 30 ago. 2007. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 21 fev. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASA DA MOEDA DO BRASIL – CMB. **Sítio institucional**. Disponível em <www.casamotoeda.gov.br>. Acesso em 1º mar. 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa, **Curso de Direito Comercial**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 2 v.
- COMPANHIA DE PROCESSAMENTO DE DADOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS – PRODEMGE. **Sítio institucional**. Disponível em <www.prodemge.gov.br>. Acesso em 1º mar. 2008.
- CRETELLA JR. José. **Administração Indireta Brasileira**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al.* **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- EMPRESA GRÁFICA DA BAHIA – EGBA. **Sítio institucional**. Disponível em <www.egba.ba.gov.br>. Acesso em 1º mar. 2008.
- FORTINI, Cristiana. A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade. **Revista Brasileira de Direito Municipal**. Belo Horizonte, nº 12, p. 113-122, abr./jun. 2004.
- FREITAS, Juarez. Regime de Bens das Sociedades de Economia Mista e das Empresas Públicas. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF**. Curitiba, nº 22, mai. 2003. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>> Acesso em 12 mar. 2008.
- GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

- HEILBRONER, Robert. **A História do Pensamento Econômico**. Tradução: Therezinha M. Deutsch, Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- IMPrensa OFICIAL DE MINAS GERAIS. **Sítio institucional**. Disponível em <<http://www.iof.mg.gov.br/>>. Acesso em 1º mar. 2008.
- IMPrensa OFICIAL DO ESTADO S/A. **Sítio institucional**. Disponível em <<http://www.imesp.com.br/>>. Acesso em 2 mar. 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª ed. São Paulo: Dialética, 2005a.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005b.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública Centralizada e Descentralizada**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2000.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. Atualização: Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Sociedades Mistas, Empresas Públicas e o Regime de Direito Público. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF**. Curitiba, nº 11, jun. 2002. Disponível em <<http://www.zenite.com.br>> Acesso em 30 jan. 2008.
- MINAS GERAIS. **Governo do Estado: Órgãos e Entidades – Empresas**. Disponível em <<https://www.mg.gov.br/portalmg/do/orgaos?op=menuInstituicoesUnidade&coTipoUnidade=8&pg=>>>. Acesso em 30 jan. 2008.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5ª ed. São Paulo, 1994.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à Economia**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações: Investigação Sobre sua Natureza e suas Causas**. Tradução: João Luís Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.