

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

André Luiz Scabin Medeiros

EMPRESAS ESTATAIS E A POSSIBILIDADE FALIMENTAR

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO PUC-SP

André Luiz Scabin Medeiros

EMPRESAS ESTATAIS E A POSSIBILIDADE FALIMENTAR

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de ESPECIALISTA em Direito Empresarial, sob orientação do Prof. Nelson Zanzaneli.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

RESUMO

O presente estudo repousa na análise estrutural das empresas estatais com arrimo à organicidade das entidades da Administração Pública Indireta assaz em permitir sua ingerência na atividade econômica de setores da economia, hodiernamente, explorados pela iniciativa privada. Para tanto, necessário uma abordagem técnica em discernir atividade econômica e serviço público econômico, pois, com substrato na melhor doutrina, somente aquela permitirá a falência dessas entidades.

As empresas estatais ou governamentais constituem, na atualidade, um dos temas centrais e mais polêmicos do Direito Público, em especial o Direito Administrativo. Criadas para ser uma ferramenta de intervenção estatal no domínio econômico com vistas à realização de interesses públicos, mostram-se, é certo, objeto de grandes complexidades e controvérsias.

Palavras-chave: Estatais – atividade econômica – serviço público – falência – estrutura jurídica administrativa

ABSTRACT

The present study rests on the structural analysis of state-owned enterprises with support to the organic nature of the entities of the Indirect Public Administration, in order to allow their interference in the economic activity of sectors of the economy, nowadays, exploited by the private initiative. Therefore, a technical approach is necessary in discerning economic activity and public economic service, because, with substrate in the best doctrine, only that will allow the bankruptcy of these entities.

State or governmental companies are currently one of the central and most controversial issues of Public Law, especially Administrative Law. Created to be a tool of state intervention in the economic domain with a view to the realization of public interests, they are certainly subject to great complexities and controversies.

Keywords: State - economic activity - public service - bankruptcy - administrative legal structure

SUMÁRIO

1.0 – Introdução	7
2.0 – Evolução histórica das estatais no cenário nacional	8
3.0 – Atividade econômica estatal e o conceito de serviço público	11
4.0 - Empresas Estatais: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista	17
4.1 – Conceito	19
4.2 - Criação e Extinção	22
4.3 - Empresas subsidiárias e empresas controladas	23
4.4 – Controle	25
4.5 – Responsabilidade civil	27
4.6 – Regime de bens	29
4.7 – Regime de pessoal	31
4.8 – Tratamento orçamentário e tributação	34
5.0 – A (in) viabilidade jurídica falimentar das estatais	37
6.0 – Conclusão	46
Referências Bibliográficas	49

1.0 – Introdução

As empresas estatais ou governamentais constituem, na atualidade, um dos temas centrais e mais polêmicos do Direito Público, em especial o Direito Administrativo. Criadas para ser uma ferramenta de intervenção estatal no domínio econômico com vistas à realização de interesses públicos, mostram-se, é certo, objeto de grandes complexidades e controvérsias.

São elementos que contribuem para sua complexidade: a constante tensão entre o regime de direito privado típico das sociedades empresárias e o regime de direito público, dificultando a eleição assaz de um regime jurídico único a regulá-las; a variedade de atividades a elas delegada pelo Estado, tornando-as multifacetadas; além, de certa simplicidade no trato da matéria pela doutrina tradicional do Direito Administrativo inviabilizam o debate de certos temas que circundam seu estudo, principalmente se verificados em confronto com outros ramos da ciência jurídica.

Destarte, se analisarmos cada período da história nacional em que as estatais foram concebidas, observaremos alterações em suas funções de modo a acentuar muitas das distorções, hodiernamente debatidas, entre atividade econômica e serviços públicos econômicos. Logo, se o período vivenciado de sua criação culminar com uma política liberal do Estado na economia, ter-se-á uma diminuição na quantidade e na dimensão da atividade dessas empresas, proporcional à intervenção do ente estatal no setor econômico.

No entanto, se o momento vivenciado corresponder a uma política intervencionista haverá relevante aumento na quantidade e nas atividades das empresas governamentais criadas, haja vista a ação direta do Estado no domínio econômico.

Não obstante, nenhum processo é eterno. De sorte que os modelos econômicos hão de variar conforme discussões operadas no âmago social demonstrarem as efetivas funções estatais e as maneiras de alcançá-las, intensificando um movimento pendular de atuação do Estado no domínio econômico.

Nesse diapasão, nosso objetivo será responder uma das questões mais inquietantes que pairam a temática: é viável um processo de falência dessas empresas em situações de evidente insolvência?

Para tanto, após, metodologicamente, explorar os cenários doutrinário e jurisprudencial pátrios, constará do presente trabalho quatro capítulos.

No primeiro, faremos uma reconstrução histórica dessas entidades no ordenamento jurídico nacional, em especial atenção quanto à criação do Banco do Brasil, ainda na regência imperial.

No segundo capítulo, distinguiremos os regimes jurídicos dessas entidades estatais, procurando assentar os critérios distintivos de serviços públicos industriais e comerciais e atividades eminentemente econômicas.

Ao terceiro capítulo, reservamos a análise pormenorizada de conceitos dantes considerados estanques pela doutrina tradicional, mas que se viram moldados à realidade nacional, notadamente os conceitos de sociedade de economia mista e empresas públicas, enquanto espécies de empresas estatais, além de premissas que circundam suas estruturas jurídicas.

Ao derradeiro capítulo, anunciaremos nossa posição quanto ao problema de pesquisa a pouco mencionado, indicando nossos fundamentos jurídicos que corroborará a solução, destacando-se, notadamente, os artigos 1º e 2º da Lei 11.101/05.

Por fim, algumas conclusões serão erigidas sobre a principal questão objeto desse trabalho.

2.0 - Evolução histórica das estatais no cenário nacional

As primeiras empresas estatais brasileiras surgem com a vinda da família real portuguesa ao Rio de Janeiro, no início do século XIX, ao providenciarem a constituição de um banco nacional (Banco do Brasil), em 1808. Anterior a independência.

Ainda nos tempos de Brasil Colônia, houve um crescimento acentuado de estatais inauguradas, consolidando-se a partir do final da primeira metade do século seguinte. A primeira atividade incluída no rol de atuação dessas entidades, conforme salienta o professor Vitor Rhein Schirato, fora à ferroviária (SCHIRATO, 2016, p.22). Isso proporcionou, inexoravelmente, ao final da década de 1920, a maior parte das ferrovias controladas por empresas governamentais criadas para tal desiderato (ARAÚJO, 1997).

Ademais, na década de 1930, com o Estado novo, ocorreu um movimento expansionista de criação e de atividade empresarial das estatais, principalmente, “em 1939, com a criação do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), por meio do Decreto-lei nº 1.186, de 03 de abril de 1939” (ARAÚJO, 1997, p. 68).

Nesse momento, houve um crescimento exponencial de empresas estatais no Brasil, principalmente prestando atividades tipicamente econômicas, como no setor siderúrgico, com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional. Procurava-se, como explica Vitor Rhein Schirato, “prover o desenvolvimento da indústria nacional, em regime de competição com a iniciativa privada” (SCHIRATO, 2016, p. 29).

Luís Roberto Barroso, por seu turno, destaca ser por meio do “resultado da conjuntura econômica” espelhada na iniciativa privada fraca e a necessidade de redução das importações que levou o Estado a empreender uma política econômico-financeira de crescente exploração de atividades dantes consideradas privadas às empresas estatais criadas (BARROSO, 2004, p. 88).

Essa ação do Estado intervencionista perdura até a década de 1970, devido fatores, conforme lição de Edmir Netto de Araújo: a) econômicos, objetivando o desenvolvimento regional igualitário e a criação de uma estrutura desenvolvimentista; b) políticos, através do regime de monopólio em algumas atividades estratégicas; c) administrativos geradores da descentralização de serviços públicos; e, d) sociais, com a criação de estatais para subvencionar populações mais carentes (ARAÚJO, 1997, p. 69-70).

Observe-se, portanto, a criação de uma Administração institucional. Entendida como um conjunto de entes auxiliares do Estado na realização de serviços públicos ou de serviços públicos econômicos, ou ainda atividades econômicas, dotados de personalidade jurídica distinta dele. Essa conceituação, de origem européia, advém do magistério de Gaspar Ariño Ortiz que destaca ser: “(...) comum a afirmação da existência, dentro do conceito genérico de Administração Pública, de três âmbitos bem diferenciados: a Administração central, a Administração local e a Administração institucional e corporativa” (ARIÑO ORTIZ, 1974, p.21).

Vislumbrava-se, no Brasil, a mesma realidade italiana como assevera Antonio La Spina e Giandomenico Majone, no sentido da: “centralização e uma discricionariedade política ilimitada nas políticas econômicas enquanto pré-requisitos de uma eficaz capacidade de se governar a sociedade” (LA SPINA; MAJONE, 2000, p.16).

Nesse cenário de agigantamento das estatais, a diversidade empresarial por elas exercida inviabilizava uma identificação unitária de regime jurídico aplicável proveniente de uma atuação segmentada, seja na iniciativa privada, seja na atividade tipicamente estatal.

Com isso, como assevera Vitor Rhein Schirato:

(...) chegou-se a uma situação insustentável, na medida em que a capacidade de endividamento do Estado se esgotou e não havia a geração de recursos internos que pudessem fazer frente às necessidades públicas. Concomitantemente, diversos países, que passaram por realidades intervencionistas e desenvolvimentistas, como a brasileira, experimentavam consideráveis revisões do papel do Estado na economia, as quais, não raro, culminaram em processos de privatização e redução do tamanho da máquina estatal (SCHIRATO, 2016, p. 31)

No Brasil, essas discussões a respeito do efetivo papel do Estado na economia iniciam-se na década de 1990, com a implantação do programa nacional de desestatização, concretizado com a promulgação da Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, em que o controle acionário das estatais passou a iniciativa privada notadamente nos setores de siderurgia e metalurgia. Ademais, como explica Odete Medeaur, a desestatização não significa a completa desregulamentação do setor, ou seja:

A desestatização significa a existência de maior autonomia para a sociedade decidir seu próprio destino, com menos presença do Estado. A desregulamentação consiste na eliminação total ou parcial de normas incidentes sobre o mercado e as atividades econômicas, levando à simplificação e desburocratização. Por sua vez, a privatização aparece, num sentido amplo, para expressar o controle e participação mais efetivos da sociedade no processo produtivo, e, em sentido restrito, como transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (MEDEAUR, 2014, p. 110).

Consoante noção cediça verifica-se, atualmente, uma forma de atuação pendular do Estado, na medida em que renuncia seu papel intervencionista transferindo a iniciativa privada atividades outrora consideradas públicas. Nesse sentido, aliás, é válida a observação do emérito professor José Afonso da Silva:

A Constituição não é favorável aos monopólios (...). O monopólio público também ficou bastante limitado, pois já não se declara, como antes, a possibilidade de monopolizar determinada indústria ou atividade. Declara-se a possibilidade de exploração direta de atividade econômica quando necessária

aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo (art. 173) (SILVA, 2012, p. 807).

Portanto, com esteio em claro dispositivo constitucional, hodiernamente, o papel do Estado transfigura-se de realizador a regulador. Além do mais, a liberalização econômica e o fomento da concorrência passam a ser antagônicos ao modelo estatizante das atividades econômicas ou na prestação de serviços públicos, desembocando significativas alterações estruturais.

3.0 - Atividade econômica estatal e o conceito de serviço público

Não se mostrará fácil erigir um conceito sólido e preciso de serviço público capaz de minimizar as discussões que circundam o estudo do presente trabalho.

No entanto, uma premissa pode ser sustentada por nós: o serviço público, enquanto conceito indeterminado prescinde de valores estanques que o alimente, de maneira que oscilará no tempo e espaço em que é confrontado com a realidade. Nesse sentido, afirma Schirato:

Nada obstante a noção que adotaremos para serviços públicos neste estudo, não podemos deixar de mencionar sua enorme mutabilidade ao longo do tempo e em conformidade com o Ordenamento Jurídico analisado. Como muitas noções jurídicas, a ideia de serviço público é bastante cambiável, eis que sofre modificações na medida em que a situação social fática se modifica (SCHIRATO, 2016, p. 65-66).

Sobreleva, por conseguinte, às crises por meio das quais o serviço público vem passando e cujo resultado propulsiona a aceitação de algumas atividades serem prestadas por entidades regidas, ainda que parcialmente, pelo Direito Privado, assim como fomenta a inversão paradigmática de empresas dantes consideradas serviços públicos por excelência à categoria de atividades econômicas sem reserva alguma de mercado.

Logo, se alçarmos uma definição doutrinária como a proposta pelo emérito professor paulista Celso Antonio Bandeira de Mello para estancar a cizânia doutrinária que será apontada mais a frente, ter-se-ia uma concepção de serviço público minimizada e sufragada como

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade e 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 que lhe faça as vezes, sob 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 (MELLO, 2009, p. 671).

Observa-se que, apesar do brilhantismo do autor, o conceito mostra-se falho, à medida que não destaca os serviços públicos de caráter econômico que desempenham, muitas das vezes, as sociedades de economia mista.

Ademais, se é verdade que a presença do direito administrativo é revelada nas empresas estatais enquanto prestadoras de serviços públicos, subsumindo-se aos princípios fundamentais deste ramo do direito. Com o advento do estado-intervencionista, do Estado-providência, a Administração passa também a se submeter a outros princípios de ordem econômica, até então desmerecidos, tais como o da livre iniciativa, o da subsidiariedade, o da igualdade econômica – Constituição da República, parágrafos 2º e 3º, artigo 170 -, que alteram em boa medida as normas reguladoras das prestações de serviços públicos.

Por essa razão, esclarece Toshio Mukai:

Este direito administrativo, sim, acrescenta-se às normas de direito privado. Isto é, as relações da empresa com o Estado, bem como tudo que diz respeito à criação, extinção, competências, atribuições etc. estão regidas pelo direito público, enquanto que as demais relações da empresa, de pessoal, e com usuários e fornecedores, estão regidas pelo direito privado. Estas normas de direito privado se impõem aqui, em face do princípio da igualdade econômica, postulado inspirado no princípio geral de igualdade de todos perante a lei. Entre seus vários significados, sobreleva apontar aquele que traduz em seu sentido principal, isto é, aquele que ‘obriga o Poder Público a estar em pé de igualdade com as empresas privadas, ao assumir formas empresárias para exploração de atividades econômicas simples, ou de interesse geral’ (MUKAI, 2004, p. 149).

Cumpre-nos, todavia, esclarecer que a Administração, ainda que revestida da qualidade de empresária, não irá renunciar à sua posição de supremacia, ainda que a submissão ao direito privado se faça necessária. Aliás, assevera o italiano Renato Alessi:

(...) não existe uma renúncia voluntária à supremacia por parte do ente público, mas renúncia necessária, essencial, devido à essência da natureza jurídica dos

entes em questão, cuja atividade essencial ou, quando menos, preponderante, deve se desenvolver em regime de direito privado, em regime de igualdade com os particulares (...) a submissão ao direito público limita-se a tudo aquilo que concerne à ordenação do ente, enquanto que a submissão ao direito privado se estende a toda atividade do ente ou, quando menos, à sua parte essencial (ALESSI, 1970, p. 224-225).

Apesar disso, alguns autores, a exemplo de Vitor Rhein Schirato, relutam em aceitar a distinção clássica entre serviço público e atividade econômica, argumentando que o elemento que os discernia torna-se cada vez mais tênue, definido como uma:

(...) obrigação imposta pelo Ordenamento Jurídico ao Estado para garantir a atividade em razão de sua essencialidade à realização dos direitos dos cidadãos, independentemente da concorrência ou não com outros agentes exploradores da mesma atividade (SCHIRATO, 2016, p. 69).

Todavia, ao deslocar essa *ratio* ao estudo das estatais, estar-se-ia minando o regime jurídico diferenciado das empresas criadas a explorar uma atividade lucrativa, ainda que sob o argumento de ser mais homogêneo o tratamento do serviço público e da atividade econômica desenvolvida, quando considerados num ambiente prestacional em que a competição é viável.

Não deve prosperar tal argumento. Primeiramente, como já salientado alhures, os princípios norteadores da atividade prestacional são tipicamente de Direito Público, enquanto que a atividade econômica ou lucrativa se rege, principalmente, pelos princípios de direito privado, ainda que em ambas exista um ambiente concorrencial decorrentes das denominadas “atividades econômicas do Estado moderno” (MUKAI, 2004, p. 165).

Destarte, se aceitássemos a referida homogeneidade conceitual, estaríamos desprezando as definições estanques entre atividades econômicas e serviços públicos econômicos.

Os serviços públicos econômicos decorrem de um serviço industrial ou comercial do Estado, como o caso da energia elétrica, tendo, *per se*, uma característica fundamental que escapa aos olhos da atividade tipicamente lucrativa: não tem condições de serem exercidos naturalmente pela iniciativa privada, quer por razões de ordem econômica, quer por razões jurídicas (*e.g.*, expropriações e utilização de servidões), sendo serviços essenciais para a coletividade e que, por isso, exigem a continuidade em seu fornecimento. Por essa razão, afirma Chenot que essas atividades

contêm, em potência, um regime de serviço público, complementando: “Esta não é uma atividade normal que a coletividade erige em serviço econômico, é uma empresa que não poderia, nas condições do direito comum, satisfazer as necessidades de interesse público” (CHENOT, 1965, p. 308).

Cumpre-nos, por fim, complementar o exposto com o douto magistério de José Cretella Junior que assim justifica:

Inúmeras vezes o Conselho de Estado francês acentuou que certas empresas públicas industriais, embora tenham personalidade de direito privado, exercem, por outro lado, verdadeiros serviços públicos. De resto nem jamais se contestou que serviços públicos concedidos fossem verdadeiros serviços públicos. Ora eles são sempre serviços públicos, industriais ou comerciais (Laubadère) (CRETELLA JR., 1980, p. 253).

Desta forma, não se mostra impreciso salientar que a empresa estatal, enquanto organismo dotado de personalidade jurídica, ao prestar serviços industriais ou comerciais, serve de instrumento para a doutrina econômica e possui, tal como a empresa privada, finalidade lucrativa, aproximando-se desta. Logo, havendo gestão econômica, a estatal deve ser regida preponderantemente pelo direito privado, porque,

(...) quando a empresa pública tem por objetivo atividades econômicas, comerciais ou industriais, não há descentralização alguma. Há intervenção do Estado na ordem econômica, há ingerência estatal no campo privado, mediante a adoção de esquemas privatísticos (CRETELLA JR., 1980, p. 256).

Consoante cediço, a atividade econômica, enquanto própria da iniciativa privada, só poderá ser exercida excepcionalmente pelo Estado, dentro do arcabouço constitucional que o autorize, não estando livre a gerir a atividade que lhe aprover.

Ademais, a evolução dos conceitos torna-se ainda mais complexa se dissociada da realidade. Aliás, imperioso destacar o ensinamento de Gaspar Ariño Ortiz, para quem a estrutura das pessoas jurídicas, entre elas as estatais, contempla uma dupla realidade:

(...) a primeira, a realidade subjacente, constituída por uma coletividade de pessoas ou bens, e a segunda por um ‘*corpus* orgânico’, uma organização que integra e representa todos esses elementos, unificando-os sob um aspecto determinado, dirigido ao fim para o qual a pessoa jurídica é criada ou constituída (ARIÑO ORTIZ, 1974, p. 66-67).

O autor, em verdade, esclarece que a personalidade jurídica é exercida através do “*corpus organizativo*”, mas se sustenta, realmente, na coletividade. Logo, a personificação privada de serviços públicos, e mesmo de serviços econômicos, pelo Estado, decorre de uma impropriedade técnica em que a realidade não condiz com a ficção jurídica da personalidade da estatal criada, de modo que sobre tais empresas “incide o direito administrativo comum, onde não se pode conceber (assim como ocorre em relação à Administração direta) que atue o direito privado puro” (MUKAI, 2004, p. 154).

Contudo, acrescenta Toshio Mukai que o Estado ao criar empresas para gerir atividades econômicas, aí sim,

(...) encontramos uma harmonia jurídica: a realidade condiz com a forma. Daí dizermos que só aqui há realmente a aplicação do direito privado encontra seu *habitat* natural. A natureza das coisas assim nos indica. Portanto, aqui não se pode falar em ‘ficção jurídica’, nem em ‘aparência do direito’. É realmente uma empresa, em tudo igual à privada que opera atos de indústria ou de mercancia. A presença aqui do direito público somente se manifesta nas relações do ente criado com o criador, no interesse do controle dos dinheiros públicos envolvidos na exploração da atividade (MUKAI, 2004, p. 154).

As empresas, neste caso, portanto, são submetidas, inexoravelmente, a um direito dicotômico, diferenciado, composto por normas de direito público e de direito privado.

Portanto, inconcebível a assertiva de que serviços públicos e atividade econômica são equivalentes.

Como discernir então as atividades?

A resposta, novamente, não é patente.

Certamente, não decorre de um formalismo exacerbado (previsão legal), como afirma alguns autores¹, nem tão pouco do arbítrio do legislador para eleger as atividades como serviços públicos ou não. Isso porque, no Estado Social de Direito o critério formal não é suficiente para confortar uma definição ideal de serviço público, assim como, a eleição operada pelo legislador não pode fugir à natureza das coisas e dos fatos sociais, razão pela qual, Toshio Mukai anuncia:

Se se constatar que ele (o legislador), 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

¹ SCHIRATO, Vitor Rhein. Op. cit., p.71.

coisas e dos 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 impar de interesse público e de essencialidade. Por isso, que ao critério formal há que se juntar o critério material, para chegar a dizer (caso por caso) o que é um serviço público (MUKAI, 2004, p. 175).

Ademais, a expressão “serviço público” foi erigida, inicialmente, em três sentidos: a) o orgânico, prestado por um órgão público; b) o formal, verificado quando da atividade extrínseca do serviço prestado; c) o material, encarado como uma atividade das pessoas administrativas, espelhando o pensamento positivista da época. Nesse sentido, aliás, é a lição de Hely Lopes Meirelles:

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito visando defini-lo por seu objeto (MEIRELLES, 2013, p.377).

Todavia, após a intervenção estatal no domínio econômico, as noções orgânica e material atribuídas ao serviço público pela doutrina tradicional não se sustentavam mais, seja pela forte influência do direito privado nas relações estatais, seja pela alteração da forma de atuar do Estado.

Destarte, algumas adaptações fazem-se necessárias à realidade econômica do ente federativo.

Primeiramente, o sentido orgânico anunciado pelo professor Hely Lopes Meirelles deve ser substituído por um conceito formal, cuja ideia repousa na norma legal rotular o que se considera serviço público.

Até aqui, não há novidade alguma pelo que propôs os autores modernos, a exemplo de Vitor Rhein Schirato, em considerar serviço público unicamente o que o legislador entender como tal.

Contudo, escapa-lhes um segundo critério cumulativo e avaliativo; o critério material, aqui entendido como a atividade humana hábil a ser reconhecida como serviço público e, cujas atividades naturais, a elevam como condição justificadora ao epíteto desejado pelo legislador.

Logo, assiste razão a Toshio Mukai, ao citar Auby e Ader, destacando que:

(...) a ideia essencial que determina a existência de um serviço público é a pesquisa de intenção do legislador ou da administração. Esta pesquisa deve

visar antes de tudo um fim da atividade que é objeto de análise: porque há aí serviço público, é necessário que esta atividade criada e gerida pela Administração vise fins de interesse público. Trata-se então, antes de tudo, de uma concepção subjetiva do serviço público; resulta que as atividades estranhas ao interesse público não podem ser consideradas como serviços públicos. (MUKAI, 2004, p. 185).

Ademais, não se pode olvidar que materialmente, serviço público não pode ser senão aquilo que, dentro de certas circunstâncias de tempo e de lugar, tenha transcendência, pela sua necessidade e essencialidade para a comunidade, além de outros requisitos retirados da natureza das coisas.

É essa a principal razão para que Toshio Mukai, citando Duguit, sustente não existir uma solução teórica absoluta; “o critério do serviço público varia segundo condições sociais e econômicas de cada período e de cada sociedade considerada” (MUKAI, 2004, p.187).

Portanto, todas as considerações até aqui colacionadas nos levam, impreterivelmente, numa reflexão conceitual, a destacar: o serviço público não é um conceito preciso; é um conceito jurídico indeterminado não precisável em toda sua plenitude; mas precisável em cada caso concreto, através de uma operação mental de justapor sua definição à realidade, valorando-se, através da experiência humana, o que se mostra essencial para a coletividade.

4.0 – Empresas Estatais: Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista

Embora pertencentes a categorias jurídicas diversas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista compartilham questões semânticas equânimes, quando comparadas. São pessoas jurídicas de direito privado, “constituídas por autorização legal decorrente do processo de descentralização estatal, delas se valendo a Administração à consecução de atividades de seu interesse de forma mais eficaz, na medida em que se elimina a burocracia inata ao poder público” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 470).

Merece destacar, *a priori*, a cizânia doutrinária² em aderir ao epíteto elucidativo dessas entidades como: empresas públicas. Ao compreendê-las assim, em princípio, estar-se-ia demonstrando sua faceta exclusivamente de direito público, afastando sua real natureza de direito privado. Destarte, a expressão indica que a forma empresarial adotada pelo Estado não é livre, mas, ao revés, há uma relação de controle entre o Poder Público e as estatais (MEIRELLES, 2013).

Ademais, cumpre-nos esclarecer que, apesar das tentativas em se construir, tradicionalmente, nos cenários doutrinário e jurisprudencial³ pátrios um regime jurídico calcado na dicotomia serviço público/atividade econômica, face os artigos 173 e 175 da Constituição da República de 1988, alguns autores relutam em dividi-las, sob a justificativa de não se mostrar mais útil ao estudo, conforme salienta Marçal Justen Filho⁴ e Vitor Rhein Schirato. O último adverte que “(...) não haverá um regime específico adequado à empresa estatal, mas, sim, uma pluralidade de regimes, diversificáveis conforme variam as atividades empreendidas pela empresa em questão” (SCHIRATO, 2016, p. 98).

Assim, concluem ser impraticável essa segregação em compartimentos estanques, ao contemplar a atividade exercida eminentemente econômica e a subsunção às normas de Direito Público, tal como o Estado que as cria, derogando-se, por conseguinte, parcialmente regras do Direito Privado que sejam incompatíveis com o regime publicista.

Não comungamos inteiramente com esse pensamento, pois, como ora salientado, os referidos autores desprezam a definição de serviço público econômico e atividade econômica, tratando as expressões como sinônimas, quando em verdade não são.

² Toshio Mukai, por exemplo, prefere a nomenclatura: “empresa pública” *lato sensu*, ao conjunto das empresas públicas e sociedades de economia mista, dentro da Administração Indireta; enquanto as que exploram atividades econômicas, a expressão “empresas estatais” *lato sensu* (MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2004, p. 148).

³ A título de exemplo: RE 220.906/DF e RE 220.041-5/RS.

⁴ Para o autor, o conceito de serviço público é dividido em: a) serviço público em sentido estrito, de natureza comercial e industrial (*e.g.* fornecimento de energia elétrica); b) serviço público em sentido amplo, atividades típicas da Administração Pública, inerentes à soberania estatal (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 19).

Dito isso, as sociedades de economia mista, espécies do gênero empresas estatais ou governamentais, como o *nomem iuris* sugere, são adequadas às atividades empresariais, distribuindo a participação societária entre o Governo e particulares, buscando sedimentar, com maior versatilidade, a atividade a que se propõem.

Pelo exposto, apesar da diversidade apresentada, torna-se aceitável a definição, por falta de outra melhor, tratada pelo professor Matheus Carvalho, ao sugerir a expressão “empresas estatais”, reforçando os laços similares dessas sociedades: a participação estatal e a criação autorizada por lei (CARVALHO, 2014, p.193).

4.1 – Conceito

Vários foram os conceitos erigidos para definir as sociedades objeto desse estudo. Merecendo, todavia, destaque aqueles que primam pelos elementos que lhes são afetos.

Nessa óptica de raciocínio, impugnando o repetitivo processo semântico ora iniciado, compreensível afirmar que as empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, tal como esculpido na Constituição Federal e no Decreto-Lei nº 200/1967 ⁵, bem como

(...) integrantes da Administração Indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob qualquer forma jurídica adequada a sua natureza, para que o Governo exerça atividades gerais de caráter econômico ou, em certas situações, execute a prestação de serviços públicos (CARVALHO FILHO, 2009, p.471).

⁵ Art. 5º, inciso II: “empresas públicas são entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criadas por lei para exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência, ou de conveniência administrativa, podendo revestir-se de quaisquer das formas admitidas em direito”.

São exemplos dessas sociedades: o BNDS – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT.

Apesar da expressão “podendo revestir-se de quaisquer das formas admitidas em direito” disposta na parte final do inciso II do artigo 5º do Decreto-Lei nº 200/1967, duas críticas merecem ser feitas.

A primeira é patente ao imperativo constitucional assentado no *caput* do artigo 37 cuja observância é obrigatória a todos os entes da Administração Pública Direta e Indireta, ressoando a magnitude, dentre outros, da estrita legalidade e da publicidade dos atos praticados por essas entidades.

Nessa óptica, não se pode conceber a viabilidade jurídica constitucional das empresas públicas *stricto sensu* revestirem-se como sociedades não personificadas (sociedades em comum e em conta de participação), posto que, acima dos reflexos patrimoniais existentes para o Estado participante, não haveria o cumprimento de registro do ato constitutivo da sociedade empresária, como determina o artigo 45 do Código Civil.

A segunda e derradeira crítica repousa na responsabilidade patrimonial dos sócios frente às dívidas contraídas pela sociedade⁶. Aqui, salta aos olhos, um impedimento de ordem econômico-financeira ao se autorizar que o Estado contrate com sociedades de responsabilidade ilimitada, tais como a sociedade em nome coletivo (CC, arts. 1.039 a 1.044), a sociedade simples pura e sociedade cooperativa, fomentando-se a inflação.

Por essas razões, dentre outras, que Lúcia Valle Figueiredo justifica que a definição legal foi de “supina infelicidade” (FIGUEIREDO, 1978, p. 41).

Quanto às sociedades de economia mista⁷, pessoas jurídicas instituídas por autorização legal, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto em sua maioria pertencem ao ente político ou entidade da Administração Indireta controlada pelo Estado, pode, tal como as primeiras, prestar serviços públicos

⁶ Classificação proposta pelo professor Fábio Bellote Gomes em seu *Manual de Direito Empresarial*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

⁷ Entende-se como sociedade de economia mista, conforme o art. 5º, inciso III, Decreto-Lei 200/67: “a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta”.

em sentido estrito ou explorar atividades econômicas de interesse da Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2009). Como exemplo: Petrobrás – Petróleo Brasileiro S.A, alvo, hodiernamente, de inúmeras críticas.

É preciso ter em mente, todavia, o escopo estatal em instituir essas entidades governamentais. Como os órgãos públicos estão subordinados hierarquicamente ao ente estatal, em virtude do processo de desconcentração das funções públicas, provocando a notória morosidade do setor público, essas pessoas de direito privado, possuem inegável discricionariedade no desempenho, principalmente, de suas atividades empresariais.

Apesar disso, não concordamos com os autores, a exemplo de Carvalho Filho⁸, que sustentam que o Estado, por meio delas, aproxima-se à figura esculpida no *caput* do artigo 966 do Código Civil (empresário), razão pela qual, necessita de instrumentos que lhe garantam maior celeridade e eficiência ao trato das matérias de seu interesse, possibilitando a concorrência. Até porque, há um equívoco de ordem técnico-interpretativa ao se sustentar ser o Estado equiparável à figura do empresário. Voltaremos a tratar do assunto no item 5.0.

Não se pode olvidar, porém, que, ainda que detenham personalidade jurídica de direito privado, as estatais não se colocam em posição isonômica às pessoas instituídas pela iniciativa privada, haja vista o poder de controle governamental que estão submetidas (CARVALHO FILHO, 2009). Aliás, a bem da verdade, as entidades pertencentes à Administração Indireta não se submetem ao poder hierárquico típico da Administração Pública para “distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal”⁹, pois, possuem autonomia, submetendo-se, ao revés, ao controle ministerial ou supervisão ministerial, consoante dicção do artigo 19 do Decreto-Lei 200/67.

Cumpre ressaltar, por fim, que a titularidade do serviço prestado por essas entidades, concessionárias ou não, pertence ao Estado e não as sociedades que o executam de maneira descentralizada, o que aciona, preliminarmente, uma impossibilidade jurídica em se permitir o seu processo falimentar.

⁸ Op. cit., p. 471.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 2013, p.129.

4.2 – Criação e Extinção

Em análise ao Decreto-Lei nº 200/67, em seu artigo 5º, incisos II e III, constata-se previsão expressa da criação, dessas pessoas jurídicas, por meio de lei, assemelhando-se ao texto constitucional originário (artigo 37, XIX, da Constituição da República, antes da Emenda à Constituição nº 19, de 04 de junho de 1998), ao ponderar que somente por lei específica poderão ser criadas as empresas estatais.

Entretanto, descontadas as impropriedades, a realidade jurídica dessas pessoas administrativas, dotadas, como visto, de personalidade jurídica de direito privado, não nos permiti afirmar, como hoje é assente, que a lei em si as cria. Em verdade, apenas autoriza sua criação. Logo, em consonância com o texto Maior, a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 (lei que institui o Novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e suas Subsidiárias) em seus artigos 3º e 4º, aboliu a expressão: “criadas por lei” para adequar a realidade constitucional que preceitua a criação por autorização legislativa.

Ademais, salienta o emérito professor José dos Santos Carvalho Filho:

A exigência constitucional relativa ao princípio da autorização legislativa (art. 37, XIX) foi inspirada na necessidade da participação do Poder Legislativo no processo de nascimento dessas pessoas, evitando-se, dessa maneira, que apenas o Executivo pudesse valorar os critérios de conveniência para a instituição de pessoas administrativas (CARVALHO FILHO, 2009, p. 473).

Houve, portanto, correção à redação do dispositivo anunciado pelo doutrinador carioca, por meio da Emenda à Constituição nº 19 de 1998 (referente à reforma administrativa), que passou a prever, quanto à criação, a necessidade de autorização legal.

Não obstante a isso, deve o Estado providenciar a prática do ato que contenha o estatuto, ou os próprios atos constitutivos da entidade, para que sejam inscritos no registro próprio, fato que dá início à existência legal da pessoa jurídica, nos termos do artigo 45 do Código Civil. Desta forma, como já manifestado pela Excelsa

Corte, quando o Poder Público passa, por qualquer fato jurídico, a deter a maioria do capital da empresa, esta “não poderá ser considerada como sociedade de economia mista, porque lhe faltará elemento indispensável a essa configuração: a autorização legal” (STF, RDA 157/222).

A extinção, por sua vez, em respeito à legalidade e à teoria da simetria das formas, reclama a edição de novo ato normativo (lei). Em outros termos, o Poder Executivo, como pode transparecer *prima face*, não tem competência exclusiva para dar fim às entidades. Maiores detalhes sobre o nosso posicionamento de extinção dessas sociedades serão expostos no item 5.0.

4.3 – Empresas subsidiárias e empresas controladas

Empresas subsidiárias são “aquelas cujo controle e gestão das atividades são atribuídos à empresa pública ou à sociedade de economia mista diretamente criadas pelo Estado” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 474). Em outras palavras, o ente estatal institui e controla diretamente a sociedade de economia mista primária ou de primeiro grau e esta, por sua vez, passa a dirigir uma nova sociedade mista, tida como de segundo grau, tendo também a maioria do capital com direito a voto.

Sérgio de Andréa Ferreira entende, por seu turno, que as subsidiárias a que alude o artigo 37, XX, da Constituição da República não podem ser tidas como companhias mistas, já que estas já se incluíam no inciso XIX (FERREIRA, 1991). Com a máxima vênia, perfilhamos em sentido diverso, afirmando que a norma não distingue. Destarte, o fato de serem subsidiárias indica apenas que não são controladas diretamente pelo Estado, de forma que, dentro dessa categoria, podem encontrar-se, não somente sociedades de economia mista e empresas públicas de segundo grau, mas outras entidades que, sujeitas a idêntico controle, se configuram como meras sociedades empresárias.

Dois pontos ainda merecem destaque.

Primeiramente, a criação das subsidiárias não fica à discricionariedade da Administração Pública. Nos termos do art. 37, XX, da CR, sua criação também dependerá de autorização legislativa. A exigência reclama, portanto, a

participação efetiva da respectiva Casa do Congresso Nacional. A autorização, como já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da **ADIn 1649-DF**, “não precisa ser concedida à criação específica de cada entidade; é legítimo que a lei disciplinadora da entidade de primeiro grau autorize desde logo a posterior instituição de subsidiárias, antecipando o objeto a que se destinarão” (Informativo STF nº 341, mar/2004).

Em segundo, nada impede que a entidade de primeiro grau institua uma subsidiária integral - artigo 251 da Lei do Anonimato (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Nesse caso, o único acionista será a sociedade de primeiro grau instituidora. Por outro lado, revela-se possível que a subsidiária integral venha a admitir em seus quadros societários novos acionistas, consoante artigo 253 do referido diploma normativo. Porém, essas alternativas devem estar previstos na lei autorizadora¹⁰ (CARVALHO FILHO, 2009).

Muito embora, tenha se firmado o presente raciocínio em torno das subsidiárias, cabe um leve apontamento quanto aos fundamentos suscitados pela doutrina pátria, no sentido de saber se a subsidiária integral de uma sociedade de economia mista se revestiria da mesma roupagem ou se seria uma sociedade privada conforme dicção do § 2º do artigo 235 da Lei nº 6404/76 (Lei das Sociedades Anônimas).

No douto magistério do professor Modesto Carvalhosa, a discussão em si repousa em duas razões: 1ª) de ordem estrutural, referente à necessidade de criação do Conselho de Administração na sociedade de economia mista, composto de, no mínimo, 03 (três) acionistas, o que se torna inviável em sua subsidiária integral; 2ª) impossibilidade de qualquer acionista participar de seu capital, impedindo que a subsidiária revista-se da mesma categoria de sociedade de economia mista, ao “ter um único acionista público e privado ao mesmo tempo” (CARVALHOSA, 2014, p. 164). Logo, a tendência doutrinária é em considerá-la de direito privado, apesar de seguirem o regime jurídico híbrido das estatais.

¹⁰ Exemplo elucidativo é o da Lei nº 10.738, de 17.09.2003, que autoriza o Banco do Brasil S/A., sociedade de economia mista primária, a constituir duas subsidiárias integrais: uma como banco múltiplo para financiamentos destinados a populações de baixa renda e outra como administradora de consórcios para facilitar o acesso a bens duráveis aos mesmos destinatários. No art. 3º, há previsão de admissão futura de acionistas, na forma do art. 253, da Lei nº 6.404/76.

Por fim, cumpre-nos sedimentar o conceito de empresa controlada, assim entendida como a pessoa jurídica de direito privado, constituída sob uma das formas societárias admitidas em direito, que se encontra sob controle de outra estatal por autorização legislativa (JUSTEN FILHO, 2009). Ou seja, a empresa controlada tem personalidade jurídica própria, diversa da estatal controladora, criada sob o regime de direito privado, autorizada por lei, não integrando a Administração Pública Indireta ou Descentralizada.

4.4 – Controle

Tal como ocorre com todos os entes da Administração Indireta, as empresas estatais, por força do controle finalístico, são controladas pelo ente estatal que as instituiu, limitando-se ao cumprimento dos objetivos centrais que a lei criadora definiu, não configurando, por conseguinte, manifestação de ordem hierárquica.

Desta forma, em princípio, as empresas estatais possuem autonomia administrativa e financeira, sendo “supervisionadas pelos Ministérios a que estiverem vinculadas (não subordinadas), mas os desmandos e abusos na administração dessas entidades criaram tais endividamentos e tantos gastos supérfluos, que a União viu-se forçada a instituir rigorosos controles administrativos e financeiros” (MEIRELLES, 2013, p. 420), entre os instrumentos criados pelo ente estatal, encontra-se, além do Dec.-lei nº 200/67, a Emenda à Constituição Federal nº 19 de 1998 e, hoje, em virtude das alarmantes notícias de corrupção envolvendo essas empresas, a Lei nº 13.303/16 (institui o Novo Estatuto Jurídico das Empresas Estatais e suas Subsidiárias).

Ademais, por integrarem a Administração Pública e manejarem recursos do erário, ficam submetidas à fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercida pelo Tribunal de Contas – artigo 71 da Magna Carta. Nesse sentido, cabe transcrever interessante julgado da Excelsa Corte que pôs uma pá de cal sobre o assunto:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ART. 71, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. FISCALIZAÇÃO DE

EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO FATO DE TEREM OU NÃO SIDO CRIADAS POR LEI. ART. 37, XIX, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. ASCENSÃO FUNCIONAL ANULADA PELO TCU APÓS DEZ ANOS. ATO COMPLEXO. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA ADMINISTRATIVA. ART. 54 DA LEI N. 9784/99. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA BOA-FÉ. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. As empresas públicas e as sociedades de economia mista, entidades integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante a aplicação do regime celetista aos seus funcionários. Precedente [MS n. 25.092, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, Dj de 17.3.06]. 2. A circunstância da sociedade de economia mista não ter sido criada por lei não afasta a competência do Tribunal de Contas. São sociedades de economia mista, inclusive para os efeitos do art. 37, XIX, da CB/88, aquelas - anônimas ou não – sob o controle da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal ou dos Municípios, independentemente da circunstância de terem sido criadas por lei. Precedentes [MS n. 24.249, de fui relator, DJ de 3.6.05]. 3. Não consubstancia ato administrativo complexo a anulação, pelo TCU, de atos relativos à administração de pessoal após dez anos da aprovação das contas da sociedade de economia mista pela mesma Corte de Contas. 4. A Administração decai do direito de anular atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos destinatários após cinco anos, contados da data em que foram praticados [art. 54 da Lei n. 9784/99]. Precedente [MS n. 26.353, Relator o Ministro MARCO AURÉLIO, DJ de 6.3.08]. 5. A anulação tardia de ato administrativo, após a consolidação da situação de fato e de direito, ofende o princípio da segurança jurídica. Precedentes [RE n. 85.179, Relator o Ministro BILAC PINTO, RTJ 83/921 (1978) e MS n. 22.357, Relator o Ministro GILMAR MENDES, DJ 5.11.04]. Ordem concedida (STF, Tribunal Pleno, Min. Rel. Eros Grau, MS 26117/DF, julgado em: 20/05/2009).

Pelo exposto, nota-se que a jurisprudência se firmou no sentido da possibilidade de controle destas entidades, apesar do regime de direito privado, pelo Tribunal de Contas do ente estatal que as instituiu.

4.5 – Responsabilidade Civil

Para definir o real alcance das normas jurídicas sobre responsabilidade das estatais, necessário perquirir, antes de tudo, a atividade que executam - prestação de serviços públicos ou na exploração de atividade econômica.

Ressalta-se, todavia, a discussão que reinava na doutrina e jurisprudência nacionais no tocante a responsabilidade subjetiva dessas entidades pelos atos praticados por seus agentes, sob o fundamento de serem pessoas privadas, o que inviabilizava, conforme adverte Toshio Mukai, a responsabilidade por extensão do ente estatal (MUKAI, 2004).

Theóphilo de Azeredo Santos declara que: “Sendo as sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado, não vemos como responsabilizar o Estado pelos atos praticados pelos diretores por ele escolhidos em assembleia geral ou nomeados” (SANTOS, 1964, p. 63).

Com a máxima *vênia*, não comungamos do presente pensamento. Isso porque, como vaticina o § 2º, do artigo 37 da Lei Maior, a teoria do risco administrativo, nele assentado, responsabiliza o Estado em razão da prestação dos serviços público afetos às suas atribuições. Nesse sentido, a Suprema Corte Nacional já se pronunciou:

A teoria hoje dominante é a que baseia a responsabilidade do Estado, objetivamente, no mau funcionamento do serviço, independentemente da culpabilidade do agente administrativo. A Constituição de 1946, art. 194, consagrou a responsabilidade civil do Estado com fundamento na teoria objetiva, fazendo-a resultar da causalidade do ato e não da culpabilidade do agente. Este princípio foi seguido pela Constituição de 1967, art. 105 e reproduzido pela EC nº 1/69, artigo 107. A Lei Maior admite a hipótese de responsabilidade do Estado, independentemente de culpa do funcionário. Aderiu à teoria da responsabilidade sem culpa, como se vê do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988 (STF, Ac. un. Da 1ª Turma, RE nº 84.072, Rel. Min. Cunha Peixoto, publicado: 11.5.77).

José Cretella Jr., por sua vez, já se pronunciava a respeito da possibilidade de se estender ao ente estatal a responsabilidade quando atuasse por interpostas pessoas, lecionando:

Na hipótese de responsabilidade extracontratual, a responsabilidade civil do Estado, por danos causados a terceiros, é objetiva e integral, em virtude de ação ou omissão do agente da empresa pública que desempenha serviço público; regula-se pelo artigo 107, parágrafo único, da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 (CRETELLA JR, 1973, p. 237).

Urge mencionar, todavia, que a responsabilidade civil subjetiva, hodiernamente, é aplicada irrestritamente, consoante doutrina majoritária, nos casos em que os danos causados decorram de omissão dos agentes públicos (teoria da culpa do serviço), desde que seja comprovado que o prejuízo decorreu diretamente do vício do serviço prestado (CARVALHO, 2014).

Não se pode perder de vista, também, a posição atual do Supremo Tribunal Federal, em interessante julgado, que reconheceu a aplicação da responsabilidade objetiva das concessionárias e permissionárias de serviços públicos em benefício de usuários e não usuários (STF, RE 591.874/MS). Tal fato, resultante de interpretação ampliativa da Corte Constitucional, sedimenta que o exegeta não deva restringir garantias individuais, no processo de hermenêutica constitucional, onde não houver restrição expressa pelo legislador pátrio.

Destarte, com o atual norte implantado pela Excelsa Corte, as empresas estatais respondem objetiva e diretamente pelos seus atos; enquanto o ente federativo, instituidor da pessoa jurídica, subsidiariamente pelo dano causado.

Por fim, quanto às estatais que exploram atividade do setor econômico, não haverá sua incidência ao comando esculpido do artigo 37, § 2º, da Constituição da República, uma vez que atuam em atividades tipicamente destinadas aos particulares, seguindo, por óbvio, o regime próprio das empresas privadas, apesar de, como já salientado alhures, componham a Administração Indireta.

4.6 - Regime de Bens

Tormentosa, novamente, é a análise que repousa sobre os bens jurídicos das empresas estatais.

A normatização dos bens públicos pelo Código Reale, nos artigos 98 a 103, não é aleatória. Como adverte Vitor Rhein Schirato:

Decorre da necessidade de demarcação de quais os bens passíveis de apropriação e quais os que não podem ser apropriados, em razão do interesse transindividual que sobre eles recai. Como sói ocorrer em um diploma criado para disciplinar a circulação da riqueza, a disciplina jurídica do Código Civil presta-se a colocar determinados bens sob a propriedade dos entes públicos, sem, contudo, se preocupar com o *uso* e a *destinação* dos referidos bens (SCHIRATO, 2016, p. 116).

Nessa óptica de raciocínio, Floriano de Azevedo Marques Neto bem pontua:

O problema da abordagem dada pelo Direito Civil ao tema dos bens públicos não está apenas na desconformidade entre ele e os privilégios e princípios que recaem sobre essas espécies de bens. Está em que os seus objetivos e pressupostos do direito de propriedade dos bens privados não são os mesmos aplicáveis aos bens públicos. Não é apenas dizer que o regime de propriedade de um e de outro tipo de bens seja distinto (isto a certo ponto o regime do direito civil procura abarcar). A questão está no fato de que o regime de direito público aplicável aos bens públicos tem premissas diferentes, pois não se limita à relação jurídica entre sujeito (proprietário) e a coisa, abrangendo também a finalidade (utilidade) que o bem deve ter para toda a coletividade (MARQUES NETO, 2009, p. 115).

A lógica, portanto, erigida pela Lei Civil adota o critério subjetivo, privilegiando a titularidade do bem, não se limitando a conhecer a finalidade a que se destina (critério funcionalista). Logo, são bens públicos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de Direito Público interno (*e.g.* União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias e fundações instituídas no regime de Direito Público) – artigo 98, 1ª parte, do Código Civil. Assim, se analisarmos sob essa vertente

subjetivista elencada pelo Código, os bens pertencentes às empresas estatais estariam sujeitos ao regime privado, pois são pessoas de direito privado.

Outra seria a conclusão, todavia, se levássemos a efeito o critério funcionalista que, consoante, o emérito professor Floriano de Azevedo Marques Neto, “nenhum ente da Administração serve melhor para ilustrar a influência do critério funcionalista, objetivo, do que as empresas estatais” (MARQUES NETO, 2009, p. 160). Afinal, apesar de não serem pessoas de direito público (artigo 41 do Código Civil) seus bens sofrem influência, de tratamento, do Direito Público.

A *ratio* argumentativa, portanto, repousa na análise finalística dos bens estatais afetados a determinadas atividades vinculadas a interesses metaindividuais, sobretudo, quando essas empresas forem criadas a auxiliar na prestação de serviços de natureza essencial à coletividade, afastando, total ou parcialmente, o regime civilista (SCHIRATO, 2016).

A consequência, assim, pende na impossibilidade como destaca o douto professor Ruy Cirne de Lima, de desvirtuar a finalidade a que serve o bem público, protegendo-o de execuções, desapropriações e outros institutos de transferência compulsória da propriedade (LIMA, 1939).

Em sentido contrário, deve-se referir que os bens das estatais não afetados a uma finalidade de interesse social coletivo não gozarão da proteção acima referida, aliás, como salienta o professor Vitor RheinSchirato: “o que se visa proteger não é a empresa estatal ou o bem em si, mas sim a continuidade de uma atividade de interesse coletivo para a qual o bem afetado é essencial” (SCHIRATO, 2016, p. 119).

Por fim, quanto ao regime de alienação dos bens das empresas estatais, mais uma vez, deve-se observar a finalidade pública transcendental aos interesses da coletividade a que servem seus bens. De modo que, se indispensáveis à consecução do interesse público primário, deverão respeitar o regime próprio das entidades da administração direta e das autarquias e fundações públicas. Ou seja, observar-se-á o procedimento assim descrito: a) desafetação do bem público, quando de uso comum ou especial; b) prévia autorização legislativa (Código Civil, artigo 100), e; c) avaliação e licitação, nos termos do artigo 17 da Lei nº 8.666/93.

A contrario sensu, quando não servirem a um propósito maior, os bens das empresas estatais poderão ser alienados com maior facilidade, exigindo-se tão somente, consoante inciso I, do artigo 17, da Lei nº 8.666/93, avaliação prévia e licitação pública.

4.7 – Regime de Pessoal

As relações de pessoal são, na prática, levadas a cabo mediante contratos trabalhistas. No entanto, cumpre-nos consignar que a doutrina, a exemplo do professor Toshio Mukai, critica essa forma de estipulação, enaltecendo ser estatutário o regime jurídico normal a reger as relações jurídicas no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta. Logo, às funções não enquadráveis em cargos públicos, dever-se-ia estipular como regra o contrato administrativo (MUKAI, 2004).

Destarte, esclarece o emérito professor:

Assim, para a Administração direta, a Constituição não prevê em nenhum lugar, embora não o proíba, o regime jurídico trabalhista. Se, na prática, erroneamente, a administração faz uso da CLT, o faz impropriamente. Na realidade, trata-se de uma relação administrativa, onde a forma privada, por não ser pura e legítima, cede ante as normas, princípios e disposições legais administrativas. Daí ser correto se dizer, que as formas privadas são afastadas pelas regras e princípios administrativos, sendo aqui lícito que a regra administrativa disponha contrariamente às normas da CLT (posto que estas, no caso, não são legítimas) para orientar e disciplinar o regime jurídico referido (MUKAI, p. 271-272, 2004).

Não obstante, a Consultoria Geral da República em parecer nº P.007, de 24.07.81, *DOU*, 3 ago. 81 da lavra do Consultor-Geral, Dr. Paulo Cesar Cataldo, guiado por lúcida doutrina francesa, destaca que

As condicionantes impostas no édito transcrito lembram, decerto, as cláusulas exorbitantes, realçadas pelo Conselho de Estado francês, como fator de reconhecimento da qualidade do agente público aos ligados à Administração por contrato; e, em conseqüência, impede

repisar que, desses agentes públicos, Waline diz, ainda quando a lei os submeta ao regime de Direito Privado, que cumpre vê-los sob ‘certas incidências do direito público’ (Parecer nº 007/1981).

Em outras palavras, os servidores públicos celetistas, ligados à União e às autarquias por contrato, por desempenharem funções públicas, não se submetem apenas a legislação laboral, mas, também, às regras administrativas.

A propósito, a lição de Caio Tácito: “A norma administrativa - que atende à organização do serviço público – prevalece sobre a norma comercial ou civil (diríamos, e também sobre a trabalhista), que serve de pano de fundo, mas não imobiliza a vontade do legislador, ao conceder essas criaturas híbridas” (TÁCITO, *RDA*, p. 190).

Em que pese à discussão apontada, seus dirigentes como afirma Hely Lopes Meirelles, “são investidos em seus cargos na forma que a lei ou seus estatutos estabelecerem” (MEIRELLES, p. 419, 2013). Sujeitando-se às ações coletivas de proteção ao erário, tais como: mandado de segurança quando exercerem funções delegadas (art. 5º, LXIX, CR), à ação popular (art. 5º, LXXIII), ação de improbidade administrativa (Lei n. 8429/92, arts. 1º e 2º) etc.

Não se pode olvidar também que por força do artigo 37, II, da *Lex Legum*, a relação de emprego firmada entre os agentes públicos e a Administração exige prévia aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, salvo as hipóteses de contratação excepcional de serviços temporários, consoante dicção do inciso IX, do mesmo dispositivo constitucional.

Quanto à garantia da estabilidade, prevista no artigo 41 da Magna Carta, esta não é estendida aos empregados das empresas estatais, posto que não detentores de cargos públicos. Nessa linha, aliás, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho editou o enunciado sumular nº 390: “Ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988”.

Todavia, opera no cenário doutrinário e jurisprudencial divergência quanto à possibilidade de dispensa imotivada destes agentes, ainda que contratados mediante concurso público.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, leciona não ser possível, tal como ocorre na admissão, que os dirigentes da pessoa jurídica detenham poder de direção a ponto de desligar seus servidores com a mesma liberdade em que se observa nas empresas privadas (MELLO, 2009).

Comungamos com o pensamento do douto professor, ainda mais se verificarmos que o ato de dispensa, em sua natureza, amolda-se no conceito de ato administrativo e, como tal, prescinde de motivação idônea, assim como, por suprimir direitos de terceiros, observância ao devido processo legal – Lei n. 9.784/99, art. 50. A Excelsa Corte, recentemente, pronunciou sobre o ato de dispensa de empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos o que segue:

No regime jurídico que essa forma de Estado consubstanciaria, impediria demonstrar não apenas que a Administração, ao agir, visara ao interesse público, mas também que agiria legal e imparcialmente. Mencionou no ponto o disposto no art. 50 da Lei n. 9.784/99, a reger o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (‘Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; ... § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato’) (...). Ao frisar a equiparação da demissão a ato administrativo, repeliu a alegação de que a dispensa praticada pela ECT prescindiria de motivação, por configurar ato inteiramente discricionário e não vinculado e que a empresa teria plena liberdade de escolha no que se refere ao seu conteúdo, destinatário, modo de realização e, ainda, à sua conveniência e oportunidade. Justificou que a natureza vinculada ou discricionária do ato administrativo seria irrelevante para a obrigatoriedade da motivação da decisão. Além disso, o que configuraria a exigibilidade da motivação no caso concreto não seria a discussão sobre o espaço para o emprego de juízo de oportunidade pela Administração, mas conteúdo da decisão e os valores que ela envolveria. Por fim, reiterou que o entendimento ora exposto decorreria da aplicação, à espécie, dos princípios inscritos no art. 37 da CF, notadamente os relativos à impessoalidade e isonomia, cujo escopo seria o de evitar o favorecimento e a perseguição de empregados públicos, seja em sua contratação, seja em seu

desligamento (STF, RE 589998/PI, Min. rel. Ricardo Lewandowski, 20.3.2013).

Como bem salientou a Augusta Corte no aresto colacionado, na hipótese de motivação dos atos demissionários das estatais, não se estaria a falar de uma justificativa qualquer, simplesmente pro forma, mas de uma que deixasse clara tanto sua legalidade extrínseca quanto sua validade material intrínseca, sempre à luz do ordenamento legal em vigor.

4.8 – Tratamento orçamentário e tributação

Como salientado alhures, as estatais estão longe de ser um “ente estatal homogêneo¹¹”. Suas finalidades variam conforme a estrutura jurídica que lhes dão fundamento. Se constituídas a desempenhar atividades em ambiente concorrencial com as empresas privadas, certamente renderão lucros à entidade estatal instituidora, atuando em mercados rendosos, ao passo em que outras certamente hão de exercer atividades típicas da Administração sem a empresarialidade própria das primeiras, gerando despesas pelo aporte de capital público tendente a subvencioná-las.

A premissa ora ventilada é patente no artigo 2º da Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000, ao diferenciar as empresas governamentais pelo critério financeiro-orçamentário em: empresas dependentes e não dependentes.

As empresas dependentes são as que recebem “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” (art. 2º, II). De outra banda, as não dependentes as que não recebem do ente controlador os recursos mencionados.

Consoante noção cediça, cabe reforçar o douto magistério de Vitor Rhein Schirato que extraí do texto legislativo duas conclusões. A primeira decorre

¹¹ Expressão utilizada pelo Prof. Vitor Rhein Schirato, op. cit., p.130-132.

do caráter transitório da classificação da entidade estatal como ente dependente, fazendo-se necessário a verificação anual de aportes financeiros do ente federativo controlador, enquanto corolário à configuração (SCHIRATO, 2016).

A segunda observação evidencia que não será todo e qualquer aporte realizado pela entidade controladora apto a definir uma empresa governamental como dependente ou não dependente, ou seja, “caso o aporte se destine à cobertura de despesas de custeio, excluindo-se, portanto, despesas de investimento” a dependência da empresa estatal com a entidade controladora estará confirmada (SCHIRATO, 2016, p. 131).

Nessa óptica, percebemos que essa classificação legal corrobora nitidamente com a hibridez dos regimes jurídicos das empresas estatais, já apontado, na medida em que confere ao exegeta os meios hermenêuticos necessários a concluir pela aproximação, em certos casos, da estatal à condição de Estado, enquanto em outros, à condição de empresa.

Ademais, ao se perquirir sobre o regime tributário aplicável às empresas estatais que explorem atividades econômicas, claramente visualizamos essa aproximação ainda mais latente, submetendo-se, como há de ocorrer, às figuras tributárias típicas da iniciativa privada.

Nesse sentido, aliás, é a dicção esculpida no § 2º, do artigo 173, da Constituição da República ao determinar que: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”.

O dispositivo constitucional enaltece a isonomia que permeia, em matéria de hipótese de incidência tributária, as empresas estatais e privadas, não concedendo, as primeiras, tratamento fiscal privilegiado destituído de qualquer fundamento legal ou somente pelo fato de serem estatais, ainda que exerçam atividades típicas de Estado. No entanto, quando seu objeto estiver inserto no rol taxativo de isenção tributária, igual tratamento será conferido às empresas do setor privado.

Não se pode olvidar, todavia, que a Excelsa Corte já se posicionou diversas vezes no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e

Telégrafos (ECT) segue o regime aplicável à Fazenda, inclusive quanto aos privilégios fiscais. Nesse sentido:

Embargos de declaração em agravo regimental na ação cível originária. Imunidade recíproca. IPVA. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Contradição. Reconhecimento. Ausência de vista dos autos. Não ocorrência de preclusão processual quanto à arguição de nulidade. Julgamento antecipado da lide. Falta de intimação das partes da decisão que dispensou a produção de provas. Ausência de prejuízo. Questão exclusivamente de direito. Prova irrelevante para o deslinde da questão. Embargos parcialmente acolhidos. 1. Reconhecimento da contradição apontada, diante da constatação de ausência de vista dos autos pelo representante do Estado de Sergipe e, em consequência, da ausência de preclusão de arguição de nulidade – alegada tempestividade no recurso de agravo. 2. Ainda assim, não há razão para que seja anulada a decisão de procedência da ação. A falta de intimação do despacho saneador que dispensou a dilação probatória não contamina a validade do processo, uma vez que não houve qualquer prejuízo (*pás de nullité sans grief*), já que o objetivo do Estado era da produção de prova irrelevante ao deslinde da questão. A jurisprudência desta Corte converge no sentido da pretensão formulada pelo ECT, reconhecendo-lhe amplamente o direito a imunidade tributária quanto à cobrança de IPVA incidente sobre os veículos de sua propriedade, independentemente de produção probatória para efeitos de distinção entre veículos utilizados ou não nas atividades sob o regime de monopólio. Precedentes: ACO n. 789/PI e ACO n. 765/RJ. 3. Embargos parcialmente acolhidos, sem alteração do dispositivo do acórdão embargado (STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, ACO n. 819 AgR-ED/SE, julgamento: 23/05/2013).

Destarte, a jurisprudência tem estendido às empresas estatais prestadoras de serviços públicos *stricto sensu* a referida imunidade, anunciando que os preceitos contidos nos artigos 150, § 3º e 173 ambos da Constituição Federal, ao disciplinarem a matéria de tributação, incidem apenas nas que exploram atividades econômicas, possibilitando, por conseguinte, que as prestadoras de serviços, quando não violarem a livre concorrência (CR, art. 170, IV), terão sua imunidade tributária reconhecida. Nessa seara, colacionamos o seguinte aresto:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. SERVIÇOS DE SAÚDE. 1. A saúde é direito fundamental de todos e dever do Estado (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Dever que é cumprido por meio de ações e serviços que, em face de sua prestação pelo Estado mesmo, se definem como de natureza pública (art. 197 da Lei das leis). 2. A prestação de ações e serviços de saúde por sociedades de economia mista corresponde à própria atuação do Estado, desde que a empresa estatal não tenha por finalidade a obtenção de lucro. 3. As sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam de imunidade tributária prevista na alínea ‘a’ do inciso VI do art. 150 da Constituição Federal. 4. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com repercussão geral (STF, Tribunal Pleno, RE 580264/RS, Min. Rel. Joaquim Barbosa, julgado: 16/12/2010).

Portanto, em análise do presente julgado, as empresas estatais encampadas pela roupagem estatal, enquanto associadas à função precípua de interesse público primário (busca do bem comum) e não tendente a auferir lucro, gozaram da imunidade tipicamente fazendária.

5.0 – A (in) viabilidade falimentar das empresas estatais

A análise do presente tópico exige do exegeta, preliminarmente, o conhecimento prévio dos conceitos de empresa e empresário para compreensão exata do alcance dos artigos 1º e 2º da Lei Falimentar.

Entende-se como empresa a atividade econômica organizada, com escopo lucrativo, de produção ou circulação de bens e serviços.

O presente conceito plurivalente da teoria poliédrica de Alberto Asquini distingue quatro perfis do fenômeno econômica da empresa: a) subjetivo; b) funcional; c) objetivo ou patrimonial; e, d) corporativo. Nesse sentido, destacado o jurista italiano:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado (ASQUINI, 1996, p. 109-110).

No perfil subjetivo, a empresa é vista através do sujeito responsável pelo exercício da atividade autônoma de caráter organizativo e assumindo o risco do empreendimento, ou seja, pessoa física ou jurídica empresária que organiza os fatores de produção (mão de obra, capital, matéria prima e tecnologia) é identificada com a própria empresa.

Pelo perfil funcional, a empresa identifica-se com a própria atividade desenvolvida de produção e circulação de bens e serviços. O conceito se apresenta sinônimo ao de empreendimento e, como destaca Rubens Requião: “o conceito de empresa se firma na ideia de que é ela o exercício de atividade produtiva. E do exercício de uma atividade não se tem senão uma ideia abstrata” (REQUIÃO, 1991, p. 57). É este o perfil que a doutrina empresarial tende a prestigiar.

O terceiro perfil, a empresa corresponde, nos termos do emérito professor Fábio Ulhoa Coelho, ao “patrimônio aziendal ou estabelecimento” (COELHO, 2013, p. 35). A empresa é identificada com o local de exploração da atividade econômica desenvolvida. Este fundo aziendal em que é explorada a atividade é definido, consoante lição de Ricardo Negrão, como um “complexo de bens móveis e imóveis, corpóreos e incorpóreos, utilizado pelo empresário para o exercício da atividade empresarial” (NEGRÃO, 2014, p. 68).

Por fim, o derradeiro perfil destaca a empresa enquanto instituição de propósitos comuns entre as pessoas a ela reunidas – empresários e empregados. Asquini argumenta que:

(...) o empresário e os seus colaboradores dirigentes, funcionários, operários, não são de fato, simplesmente, uma pluralidade de pessoas ligadas entre si por uma soma de relações individuais de trabalho, com fim individual; mas formam um núcleo social organizado, em função de um fim econômico comum, no qual se fundem os fins individuais do empresário e dos singulares colaboradores: a obtenção do melhor resultado econômico na produção (ASQUINI, 1996, p. 122).

Em que pese a mais abalizada doutrina, a exemplo de Waldirio Bulgarelli¹² desprezar este perfil no estudo do instituto jurídico, mostra-se extremamente versátil sua análise paradigmática a estancar novas propostas de relações empregatícias, em que não se vislumbra uma subordinação clássica, mas sim, reticular ou estrutural, como se extrai do presente aresto colacionado:

SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL, INTEGRATIVA OU RETICULAR – OU SIMPLEMENTE SUBORDINAÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. A subordinação como um dos elementos fático-jurídicos da relação empregatícia é, simultaneamente, um estado e uma relação. Subordinação é a sujeição, é a dependência que alguém se encontra frente outrem. Estar subordinado é dizer que uma pessoa física se encontra sob ordens, que podem ser explícitas ou implícitas, rígidas ou maleáveis, constantes ou esporádicas, em ato ou em potencia. Na sociedade pós-moderna, vale dizer, na sociedade info-info (expressão do grande Chiarelli), baseada na informação e na informática, a subordinação nada é mais a mesma de tempos atrás. Do plano subjetivo – corpo a corpo ou boca/ouvido – típica do taylorismo/fordismo, ela passou para a esfera objetiva, projetada e derramada sobre o núcleo empresarial. A empresa moderna livrou-se da sua represa; nem tanto das suas presas. Mudaram-se os métodos, não a sujeição, que trespassa o próprio trabalho, nem tanto no seu modo de fazer, mas no seu resultado. O controle deixou de ser realizado diretamente por ela ou por prepostos. Passou a ser exercido pelas suas sombras; pelas suas sobras – em cédulas de produção. A subordinação objetiva aproxima-se muito da não eventualidade: não importa a expressão temporal nem a exteriorização dos comandos. No fundo e em essência, o que vale mesmo é a inserção do trabalhador no núcleo, no foco, na essência da atividade empresarial. Nesse aspecto, diria até que para a identificação da subordinação se agregou uma novidade: um núcleo produtivo, isto é, atividade matricial da empresa, que Godinho denominou de subordinação estrutural (...). Sob essa ótica de inserção objetiva, que se me afigura alargante (não alarmante), eis que amplia o conceito clássico de subordinação, o alimpamento dos pressupostos do contrato de emprego torna fácil a identificação do tipo justabalhista. Com ou sem as marcas, as marchas e as manchas do comando tradicional, os

¹² Segundo vaticina o professor Bulgarelli: “Essa ideia de organização de pessoas, como corpo social, estruturada com base numa hierarquia em relação a uma ideia diretriz, capaz de manter sua integridade apesar das mutações em seus elementos, está contida também em Hauriou e seus seguidores. Mas, primeiro, é incontestável que se trata de visão sociológica; e segundo, que dá relevo aos aspectos da organização estável que sobrevive e permanece independentemente das vicissitudes de seus membros, em razão de uma ideia a realizar” (*Tratado de Direito Empresarial*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995, p. 87-88).

trabalhadores inseridos na estrutura nuclear de produção são empregados. Na zona grise, em meio ao fogo jurídico, que cerca os casos limítrofes, esse critério permite uma interpretação teleológica desaguadora na configuração do vínculo empregatício. Entendimento contrário, *data venia*, permite que a empresa deixe de atender sua função social, passando, em algumas situações, a ser uma empresa fantasma – atinge seus objetivos sem empregados (TRT 3ª R. – RO 00942-2008-109-03-00-2 – 4ª T., Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault – DJ 13.12.2208).

Em outras palavras, identifica a doutrina trabalhista um conceito de subordinação estrutural ao inserir o trabalhador na dinâmica organizacional da atividade econômica do tomador de seus serviços (empresário), independentemente de receber ordens diretas dele, como forma de caracterizar a relação de emprego.

Guardadas as devidas proporções e retomando o objeto central de nosso estudo, destaca-se, entre os perfis da multifacetada teoria poliédrica, o perfil funcional como sendo o conceito jurídico mais apropriado para a empresa. Os perfis subjetivo e objetivo, como esclarece Fábio Ulhoa Coelho, “não são mais que uma outra denominação para os conhecidos institutos de sujeito de direito (empresário) e estabelecimento” (COELHO, 2013, p. 37).

De certo, no ordenamento jurídico pátrio, “empresa” deve ser reconhecida como atividade, uma vez que os conceitos de empresário e estabelecimento estão disciplinados em lei, respectivamente, nos artigos 966 e 1.142 do Código Civil.

Cumpre-nos, portanto, esmiuçar o conceito legal de empresário disposto no artigo 966 da Lei Civil para identificar o real sujeito de direitos quando do estudo das entidades estatais. Assim, conceitua-se empresário o profissional que exerce a atividade econômica organizada para produção e circulação de bens ou serviços. Destacam-se do enunciado legal, como leciona Fábio Ulhoa Coelho, as noções de “profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens ou serviços”.

A ideia de profissionalismo sugerida pelo professor paulista deve estar associada a três ordens: a) habitualidade, não se considera profissional quem exerce empresa de modo ocasional ou que organiza episodicamente a produção de certa mercadoria no mercado de consumo; b) pessoalidade, o empresário é quem exerce

pessoalmente a empresarialidade, ainda que se valha do trabalho de empregados devidamente contratados, e; c) monopólio das informações técnicas sobre o produto ou serviço objeto da empresa, ou seja, é o empresário quem deve conhecer todos os aspectos que envolvem a mercadoria ou serviço por ele fornecido.

A noção de atividade já foi por nós outrora desenvolvida ao erigir a definição de empresa. Logo, não se pode olvidar que a empresa, enquanto atividade, não se confunde com o sujeito de direito que a explora. É o empresário, portanto, quem irá falir e não a atividade por ele explorada.

Ademais, a empresa deve estar revestida pelo fim econômico, com o intuito de se obter lucro para quem a explora, inclusive, “o lucro pode ser objetivo da produção ou circulação de bens ou serviços, ou apenas instrumento para alcançar outras finalidades” (COELHO, 2013, p. 40). Deve, também, ser organizada, no sentido de se encontrem articulados todos os fatores de produção (mão de obra, capital, insumos e tecnologia) pelo empresário. Não é empresário quem explora atividade desprovida de algum desses fatores.

Entende-se, por fim, como produção de bens ou serviços, toda atividade de indústria (fabricação de mercadorias) e prestação de serviços. Enquanto que a noção de circulação desses bens ou serviços remonta a atividade de intermediação na cadeia de escoamento de mercadorias ou prestação de serviços.

Observa-se, assim, imprecisão técnica em aceitar o ente estatal como sendo o empresário da relação jurídica envolvendo as entidades estatais por ele criadas. Em verdade, são essas pessoas jurídicas criadas com a finalidade prestacional ou, até mesmo, lucrativa que serão revestidas na qualidade de sujeitos de direito (empresário).

Ademais, somente estarão albergadas pelo conceito legal, alhures detalhado, as estatais que explorarem atividades econômicas como verificado no item 3.0.

Erguidos os valores conceituais da teoria poliédrica da empresa e de empresário, façamos a abordagem contextualizada dos artigos 1º e 2º da Lei nº 11.101/05 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas) com a criação das empresas estatais.

Vaticina o artigo 1º da Lei Falimentar que a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do *empresário* e da *sociedade empresária*, doravante denominados devedores, será disciplinada pela lei *in casu*.

Ora, como destacado, a entidade estatal criada com o fito de explorar uma determinada atividade econômica do Estado estará revestindo-se da qualidade legal atribuída ao empresário que, em idêntica posição, assumisse uma atividade lucrativa no setor privado. Logo, em tese, por ser empresária estaria subsumida a presunção legal estampada no referido artigo 1º.

No entanto, a assertiva não se mostra tão simples quando confrontada com o artigo seguinte da lei de falências, pois retira de sua incidência no inciso I as empresas públicas e as sociedades de economia mista, razão pela qual, muitos autores comercialistas e, até mesmo, administrativistas, a exemplo de Fábio Ulhoa Coelho e Vitor Rhein Schirato, negarem as estatais a possibilidade de instauração de um processo concursal aos moldes da referida norma legal.

Destarte, insurge uma indagação: por que se render ao estudo dessa matéria se já consolidada em lei?

Novamente, a solução não é tão sólida como advertem alguns, exigindo-se um profundo conhecimento dos métodos hermenêuticos de solução de conflito entre as normas jurídicas, evitando-se, por conseguinte, um resultado opaco e destoante da realidade social.

Assim, adotando as regras propostas pelo douto professor Limongi França, inicia-se a interpretação na exegese pura e simples da lei, enquanto expressão fundamental do direito (FRANÇA, 2009).

De posse do resultado obtido, o intérprete deve reconstruir o pensamento do legislador (*mens legislatoris*), servindo-se dos elementos lógico, histórico e sistemático. Nesta etapa já visualizamos uma razoável distorção entre o enunciado do texto constitucional (artigo 173, § 1º, II) e o texto legal em análise.

Consoante cediço, determinando que as empresas estatais e suas subsidiárias, exploradoras de uma atividade econômica de circulação ou prestação de bens ou serviços, sujeitar-se-ão ao regime jurídico próprio das empresas privadas

quanto às obrigações comerciais, o constituinte nitidamente permite, em tese, a possibilidade falimentar dessas sociedades, mas não das prestadoras de serviços públicos. Isso ainda é mais evidente após a promulgação do estatuto jurídico dessas entidades com a Lei nº 13.303/2016 que silenciou sobre o assunto, mesmo diante de um comando constitucional.

Desta forma, como sugere o professor paulista, “averiguada, porém, desconexão entre a letra da lei e a *mens legislatoris* devidamente comprovada, o intérprete aplicará esta e não aquela” (FRANÇA, 2009, p. 39).

Ademais, arremata com inteira precisão Limongi França:

Se, na indagação da *mens legislatoris*, os resultados forem diversos, cumprirá preferir aquele que seja mais consentâneo com a índole natural do instituto que a norma regula, bem assim com as exigências da realidade social e do bem comum (FRANÇA, 2009, p. 39).

Observa-se, portanto, nítida viabilidade jurídica falimentar das entidades governamentais que explorem atividade revestida de caráter econômico ou lucrativo, pois se assemelham, e muito, com as sociedades privadas.

Não é por outra razão que a Lei 10.303/01 revogou o artigo 242 da Lei do Anonimato que determinava a impossibilidade falimentar das sociedades de economia mista e excepcionava o regime de limitação da responsabilidade do acionista, indicando clara tendência legislativa em aproximar o tratamento legal da matéria.

Apesar dos argumentos acima erigidos, parte da doutrina, a exemplo de Vitor Rhein Schirato, entende impraticável essa conclusão ao alegar que, pela simetria das formas, as empresas estatais somente poderiam ser extintas por lei, justificando:

Todavia, em consonância com o que expusemos neste tópico, o regime específico de intervenção e liquidação não pode culminar em extinção da pessoa jurídica. Caso, no fim do processo de intervenção, seja verificada a impossibilidade de continuidade das atividades da empresa estatal em questão, haverá a responsabilidade subsidiária do Poder Público controlador, que deverá honrar as obrigações da empresa estatal e permitir sua continuidade de acordo com os requisitos mínimos previstos em lei. Da mesma forma que não pode haver falência das empresas estatais, não poderá existir a determinação

compulsória de sua liquidação sem a necessária autorização legislativa (SCHIRATO, 2016, p. 129).

Data venia não concordamos com o renomado autor. Primeiro, se a autorização legal fosse um impedimento de ordem prática temas de igual relevância deveriam sujeitar-se a promulgação da norma jurídica autorizativa, a exemplo da responsabilidade trabalhista.

Em segundo lugar, o Estado Democrático de Direito fundado na separação dos poderes não autoriza sobremaneira um ativismo exacerbado do juiz, de modo a se subrogar na atividade de legislador e, tão pouco, uma ingerência do Legislativo na função judicante. O que, aliás, não se aconselha pelo presente estudo.

No entanto, sopesadas as medidas, não estando o Judiciário engessado ao exercer o controle difuso de constitucionalidade ou, até mesmo concentrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), à vontade do legislador, não deveria incidir resistência ao reconhecimento judicial de insolvência das entidades estatais, assim como eventual processo concursal.

Porém, reconhecendo a necessidade de intervenção legal autorizadora, bastaria ao juiz, após vislumbrar na espécie *sub judice* a possibilidade falimentar, comunicar o fato ao Poder Legislativo competente a editar a norma jurídica em questão, tal como ocorre com a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF.

Com isso, evitaria a subsistência de empresas estatais utilizadas à consecução de interesses escusos de administradores mal-intencionados que desviam o capital público aportado a interesses nitidamente particulares.

Cumprе esclarecer ainda que, com o reconhecimento da falência das empresas governamentais não se está a reconhecer uma responsabilidade subsidiária da Administração Pública, haja vista que somente os bens da sociedade falida farão frente às dívidas sociais contraídas e não o patrimônio de seus sócios, que gozarão do benefício de ordem. Ademais, o ente estatal jamais assumirá um encargo superior as forças do *quantum* aportado no capital da sociedade criada, evitando-se, com isso, prejuízos inarredáveis à economia nacional.

Não se pode perder de vista também argumentos no sentido de se observar o princípio da preservação da empresa que ressalta valores transcendentais do negócio que gravitam sobre uma coletividade de interesses como: dos empregados, em manter seus postos de trabalho; dos consumidores, em relação aos bens ou serviços de que necessitam; etc.

Ora, de fato esses valores devem ser prestigiados sempre na exploração de toda e qualquer atividade econômica. Logo, justifica-se ao Estado o poder de encampar os bens da sociedade estatal insolvente, de maneira a assumir ele próprio a gestão da empresa, requerendo, *e.g.*, a homologação de um plano de recuperação judicial ou até mesmo extrajudicial, a atender estes fins sociais. Todavia, não se quer, acima de tudo, uma prorrogação injustificada de uma sociedade infértil que, acima dos interesses particulares de alguns, haja um enorme prejuízo ao interesse público primário em permitir uma sociedade falida.

Por fim, cumpre-nos destacar a posição inovadora de Ecio Perin Junior que reconhece a possibilidade falimentar das sociedades de economia mista ou empresas públicas prestadoras de serviços públicos (JUNIOR, 2011, p. 86).

Não se mostra muito razoável essa conclusão, pois, partindo-se da titularidade do serviço prestado, como quer o autor, atribuído por expressa disposição constitucional ao ente federativo criador, a execução dessa atividade, ainda que essencial, pode ser delegada a outras entidades do setor privado, seja de capital público, misto ou privado, como as concessionárias de serviços públicos, o que não inviabilizaria a falência dessas sociedades. Se contrário fosse, como adverte Ecio Perin Junior, “teríamos que admitir que as empresas privadas que prestam serviço público sob a forma de concessão também não estariam sujeitas à falência” (JUNIOR, 2011, p. 86).

Não deve prosperar o argumento. Como destacado, são de nosso conhecimento que os bens pertencentes às sociedades estatais prestadoras de serviços públicos são, em essência, públicos. Disso, decorrem todas as características próprias dessa natureza: impenhorabilidade, imprescritibilidade, não onerosidade etc, por conseguinte, o aresto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que assim entende:

Processo Civil. Execução de título extrajudicial. Penhora em bens de sociedade de economia mista que presta serviço público. A sociedade de economia mista tem personalidade de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus

débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público; só não lhe podem ser penhorados bens que estejam diretamente comprometidos com a prestação do serviço público. Recurso especial conhecido e provido. Decisão: Por unanimidade, rejeitar a preliminar de inversão da ordem de julgamento dos recursos especiais e extraordinários e conhecer do recurso especial e lhe dar provimento (REsp 176.078/SP, Recurso Especial 1998/0039557-1, 2ª Turma, Min. Rel. Ari Pargendler, 15-12-1998, *DJ* 8-3-1999, *RSTJ*, 117/296).

Ademais, arremata com enorme precisão Maria Sylvia Zanella Di Pietro, explicando:

(...) se fosse possível às entidades da Administração Indireta, mesmo empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos, alienar livremente esses bens, ou se os mesmos pudessem ser penhorados, hipotecados, adquiridos por usucapião, haveria uma interrupção do serviço público. E o serviço é considerado público porque atende às necessidades essenciais da coletividade. Daí a impossibilidade da sua paralisação e daí a sua submissão a regime jurídico publicístico (DI PIETRO, 2001, p. 230).

Destarte, como outrora anunciado no subitem 4.6, os regimes de bens dessas entidades observam o mesmo tratamento legal que os da Administração Pública, desfavorecendo a tese inovadora de falência das prestadoras de serviços públicos.

Portanto, não se procura desprezar por completo o enunciado legal do artigo 2º da Lei nº 11.101/05. Afinal, quando confrontado com as empresas prestadoras de serviços públicos (compreendidos, inclusive, os econômicos), mostra-se atual e pertinente. Todavia, quando confrontado com a realidade das demais, exploradoras de atividade econômica, não se mostra válido o entendimento, preferindo-se, pela interpretação conforme a Constituição da República, o do artigo 173, § 1º, II.

6.0 – Conclusão

O presente estudo propôs de maneira singela atualizações aos conceitos estanques da doutrina majoritária relacionadas às empresas estatais. O tema,

como se viu, mostra-se pulsante e muito fértil no seio comunitário incapaz de uma absorção completa e dinâmica pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesses quadrantes, firmou-se, após um breve esboço histórico, a evolução estatal enquanto ente controlador a regulador do setor econômico de atividade, primando-se, hodiernamente, a dissociação estatal no campo de atividades lucrativas, privatizando-se as estatais remanescentes exploradoras dessas atividades. A isso denominamos de “movimento pendular do Estado”.

Buscamos por um olhar crítico cindir os conceitos de serviço público e atividade econômica. Concluindo-se que, apesar de mutável a definição do primeiro há de ser precisável em cada caso concreto, através de uma operação mental de justapor sua definição à realidade, valorando-se, através da experiência humana, o que se mostra essencial para a coletividade, não se rendendo à discricionariedade do legislador pátrio.

Ademais, acreditamos que os serviços públicos, quando econômicos, decorrem de um serviço industrial ou comercial do Estado, como o caso da energia elétrica, tendo, *per se*, uma característica fundamental que escapa aos olhos da atividade tipicamente lucrativa, que não tem condições de serem exercidos naturalmente pela iniciativa privada, quer por razões de ordem econômica, quer por razões jurídicas (*e.g.*, expropriações e utilização de servidões), sendo serviços essenciais para a coletividade e que, por isso, exigem a continuidade em seu fornecimento.

Com essa diferenciação, inexorável o reconhecimento dicotômico do regime jurídico a ser aplicado a essas entidades, corroborando, ademais, uma dualidade estrutural.

Por fim, após confrontarmos os artigos 1º e 2º, I, ambos da Lei nº 11.101/05 com as definições de empresário e empresa, concluimos pela viabilidade jurídica das empresas estatais quando explorarem atividades econômicas típicas da iniciativa privada.

Consoante cediço, pelo processo de hermenêutica constitucional, notadamente pelo princípio da interpretação conforme, diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas, deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da *Lex Legum*, de maneira que, qualquer interpretação contrária deve ser excluída pelo

exegeta. Logo, diante do enunciado do artigo 173, § 1º, da Magna Carta, há de ser aplicado o mesmo tratamento dispensado as empresas privadas, quando de suas obrigações comerciais. Por essa razão, apresentamos os critérios de hermenêutica a serem elencados quando da interpretação normativa.

Não obstante, o tema central do trabalho certamente mostrar-se-á cambiário, haja vista as inúmeras delações envolvendo desvios e esquemas de corrupção nessas entidades, ancorando, inevitavelmente, novos posicionamentos dos Tribunais Superiores aos assuntos mais variados, entre eles, notadamente, a flexibilização do regime jurídico das empresas estatais.

De qualquer maneira, é fundamental que esteja no âmago cultural a dispensabilidade desses entes da Administração Indireta, enquanto meros instrumentos de ação estatal. Podem, a todo o momento, ser substituídos por outros métodos que se mostrarem mais eficientes ao interesse público primário.

Afinal, se entendermos essas empresas como um patrimônio afetado aos interesses sociais e entidades intocáveis, as discussões tenderão a ser muito complexas e de difícil alteração.

Referências Bibliográficas

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1970. T. 1. Tradução da 3ª ed. ital. do *Sistema Istituzionale...*, por Buenaventura Pellisé Prats.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Administração indireta brasileira*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *La Administración Institucional*. Madrid: I.E.A., 1974.

ASQUINI, Alberto. Profili dell' Impresa, *Rivista Del Diritto Commerciale*, v. 41, I, 1943, trad. Fábio Konder Comparato, *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 104, out./dez. 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (Coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUGARELLI, Waldirio. *Tratado de Direito Empresarial*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Jureis, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 4 – Tomo II. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 2014.

CHENOT, Bernard. *Organisation Économique de l'État*. 2ª ed. Dalloz, 1965.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências e recuperação de empresas*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed., 2013.

CRETELLA JR., José. *Empresa Pública*. Bushatsky, EDUSP, 1973.

_____. *Administração Indireta Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 13ª ed., 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*, vol. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed., 2009.

GOMES, Fábio Bellote. *Manual de Direito Empresarial*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

JUNIOR, Ecio Perin. *Curso de Direito Falimentar e Recuperação de Empresas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Forum, 2009.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LA SPINA, Antonio; MAJONE, Giandomenico. *Lo Stato Regolatore*. Bolonha: Il Mulino, 2000.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1939.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O regime jurídico das utilidades públicas: função social e exploração econômica dos bens públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MEDEAUR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 18ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MUKAI, Toshio. *O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2004.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa: Teoria Geral da Empresa e Direito Societário*. São Paulo: Saraiva, 11ª ed., 2014.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 20 ed., 1991.

SANTOS, Theóphilo de Azeredo. *As sociedades de Economia Mista no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

SCHIRATO, Vitor Rhein. *As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico atual*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *O Controle das Empresas Públicas do Estado – Públicas e Mistas*. RDA, São Paulo, n. 111.