

Igor Volpato Bedone

Empresas Estatais

e seu regime juridico

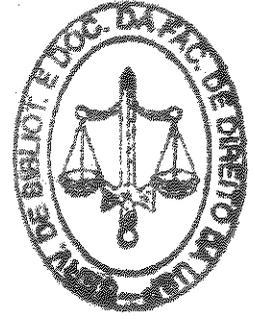
DIREITO ECONOMICO
E FINANCEIRO
BIBLIOTECA

2019

 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

35 07 (21)
B399e
DEF

15/08/19



 EDITORA
JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 164, Ed. Marfina, 1º Andar – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia
Tel: (71) 3045.9051
• Contato: <https://www.editorajuspodivm.com.br/sac>

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Capa: Ana Caquetti

B399e Bedone, Igor Volpato.
Empresas estatais e seu regime jurídico / Igor Volpato Bedone – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.
288 p.
Bibliografia.
ISBN 978-85-442-2440-3.

1. Empresas Públicas. 2. Prestação de Serviço Público. 3. Exploração de Atividade Econômica. 4. Regime Jurídico. I. Bedone, Igor Volpato. II. Título.

CDD 341.32262

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

À Isabela e Laís, meus amorzinhos.

Constata-se assim um aspecto curioso da evolução do pensamento jurídico acerca do regime das estatais: a despeito de serem criaturas concebidas com o legítimo e deliberado propósito de fuga para o direito privado, elas tiveram sua razão de ser sufocada, paulatinamente, por um pensamento que tem apregoado a publicização do seu regime jurídico.¹⁵⁹

Conforme examinado anteriormente, o próprio Supremo Tribunal Federal parece estar repensando alguns pontos de sua jurisprudência, agregando novos elementos para solução de casos concretos, além da tradicional dicotomia. Acredita-se que sua releitura nos moldes propostos nesta tese, partindo-se do pressuposto de que a realidade é muito mais complexa do que sugerem as respostas dogmáticas até hoje fornecidas, reverterá esse processo de *autarquização*, restringindo a aplicação das prerrogativas próprias do regime jurídico de direito público somente naquilo que for estritamente necessário para a garantia da continuidade do serviço público e da indisponibilidade do interesse público, equilibrando a metade “empresa” com a outra metade “estatal” das entidades que são objeto deste trabalho.

3.9 FUNÇÃO SOCIAL DA ESTATAL

A “funcionalização” dos institutos jurídicos é uma tendência da segunda metade do século XX. Superado o período positivista, percebeu-se que os institutos jurídicos não são fins em si mesmos, devendo estar vocacionados à obtenção de resultados que, em última instância, são a própria razão de existir. Com o decorrer do tempo, a ideia de função social passou a ser incorporada pelo direito positivo, constando internamente na conformação conceitual do próprio instituto. Deixa, portanto, de ser um elemento externo, exógeno, para se incorporar ao próprio instituto jurídico, limitando seu exercício numa perspectiva meramente individualista para alcançar o interesse coletivo.

A partir dessa ideia central, a dogmática jurídica passou a construir os conceitos de “função social” de diversos tipos jurídicos:

159. SUNDFELD, Carlos Ari; PAGNAMI DE SOUZA, Rodrigo. Licitação nas estatais: levando a natureza empresarial a sério, p. 22.

função social da propriedade, função social da posse, função social do contrato, função social da empresa e assim por diante. Nessa esteira, a propriedade urbana, para cumprir sua função social, tem de observar o plano diretor (artigo 182, § 2.º, da Constituição Federal); a propriedade rural, por sua vez, tem de ser exercida de acordo com os ditames do artigo 186 da Lei Magna; a liberdade de contratar será exercida se observar a função social do contrato, respeitadas a probidade e a boa-fé (artigos 421 e 422 do Código Civil). A ideia de função social traz, portanto, um nítido viés material e axiológico ao entendimento dos institutos jurídicos, que não podem ser encarados somente como rótulos, como forma, devendo ser vocacionados à realização de fins coletivos albergados pela totalidade do sistema jurídico.

Note-se, portanto, que a função social remete tanto a uma ideia de finalidade, de utilidade coletiva no exercício do direito, quanto a uma ideia de limite, no sentido de que o direito não pode ser exercido ao bel-prazer do titular, pois vinculado à consecução de fins sociais.¹⁶⁰

160. Tratando-se de propriedade pública, Nilma de Castro Abe aponta a inaplicabilidade do conceito de função social. Sustenta que o dever de perseguir o interesse social é inerente à função administrativa, não à função social da propriedade pública. Isto porque as sanções ao descumprimento da função social seriam absolutamente inaplicáveis ao Estado. Pela clareza, é válido trazer à baila o seguinte excerto: “[...] para nós a função social da propriedade caracteriza-se apenas como dever jurídico ou conjunto de deveres jurídicos impostos ao proprietário particular por força do Texto Constitucional. O delineamento da função social da propriedade no Texto Constitucional não permite esta ampliação para alcançar a propriedade pública [...] porque entendemos que o Poder Público está radicalmente vinculado e obrigado a cumprir diversos deveres de gestão de seus bens decorrentes de diversas normas constitucionais que não decorrem da função social da propriedade” (*Gestão do patrimônio público imobiliário*. Leme: Mizuno, 2006. p. 97-98). Em sentido diametralmente oposto, Sílvio Luís Ferreira da Rocha entende que a finalidade pública não imuniza a propriedade pública dos efeitos da função social, estendendo tal conclusão a todos os tipos de bem público – de uso comum, de uso especial e dominical –, embora tal incidência seja distinta caso a caso (*Função social da propriedade pública*, p. 121-128). O debate é bom e, numa primeira análise, parece ter razão a autora quando afirma que as sanções para descumprimento da função social da propriedade não cabem aos entes federativos. Especificamente em relação às empresas estatais, todavia, a disposição do artigo 173, § 1.º, I, da Constituição Federal torna imperativo ao operador do Direito questionar qual a melhor forma de se tratar do tema, que, por sua especificidade, transborda o debate restrito à função social da propriedade. Como se notará, no sentido de *finalidade* a função social da empresa estatal não deixa de ser uma noção tautológica, pois confunde-se com a finalidade

O direito positivo não incorporou expressamente a noção de função social da empresa, mas ela pode ser deduzida tanto da função social da propriedade (artigo 5.º, XXIII, da Constituição Federal) como da função social do contrato (artigo 421 do Código Civil). O principal parâmetro de aferição para cumprimento da função social da empresa é a observância dos princípios da ordem econômica trazidos pelo artigo 170 da Constituição Federal, com destaque para o respeito à livre concorrência, aos direitos dos consumidores, ao meio ambiente e ao direito do trabalho. Cumpre sua função social a empresa que observa tais princípios, pagando seus tributos, gerando riqueza e colaborando para o desenvolvimento econômico e social do País.¹⁶¹

Se não há menção expressa à função social da empresa em termos mais genéricos, o legislador, apoiando-se no comando constitucional do artigo 173, § 1.º, I, houve por bem trazer para o bojo da Lei n.º 13.303/2016 a ideia de função social da empresa pública e da sociedade de economia mista.¹⁶²

pública para a qual foi criada, mas tem suas especificidades no que tange aos limites de sua atuação pelo Estado.

161. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, p. 76.

162. Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

§ 1.º A realização do interesse coletivo de que trata este artigo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista, bem como para o seguinte:

I – ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

II – desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, sempre de maneira economicamente justificada.

§ 2.º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

§ 3.º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Antes mesmo da edição da novel legislação, Mário Engler Pinto Júnior já chamava atenção para o fato de que o desvirtuamento da ideia de função social da empresa estatal, isto é, a necessidade do cumprimento dos fins de interesse público, a razão de existir, pudesse encobrir práticas abusivas dos controladores em detrimento das companhias, isto é, desconsiderando-se sua finalidade lucrativa, seu patrimônio e fluxo de caixa. Assim, explica Engler que a função social não transforma a empresa em órgão governamental, tampouco esvazia a missão pública para inseri-la a serviço de “interesses corporativistas”.¹⁶³ A Lei n.º 13.303/2016, ao dispor sobre o assunto, tratou de equilibrar essas duas noções – o atendimento à finalidade pública, sem, contudo, abuso da empresa estatal por parte do governante.

Assim, no *caput* do artigo 27 o legislador tratou do aspecto função social da empresa estatal como finalidade, deixando para os parágrafos o tratamento da ideia da função social no sentido de imposição de limites a sua atuação.

De fato, prescreve o *caput* do artigo 27 que a empresa estatal – sociedade de economia mista ou empresa pública – cumprirá sua função social quando realizar o interesse coletivo ou atender o imperativo da segurança nacional que deram azo à sua criação. Nada mais é, portanto, do que uma repetição do previsto na cabeça do artigo 173 da Constituição Federal. Afinal, se as empresas estatais só podem ser criadas para atender a tais necessidades, seu cumprimento fará com que observem sua função social, isto é, a finalidade para qual elas são previstas como institutos jurídicos. O dispositivo não deixa de ser tautológico.

No entanto, as novidades trazidas pelo § 1.º do artigo 27, precisamente pelos incisos I e II, são o outro lado da moeda, isto é, limites à utilização das estatais para o atingimento de interesses do governo sem os cuidados com a saúde econômica da empresa. No parágrafo em referência, veicula-se norma relativamente óbvia, no sentido de que a atividade da empresa estatal deverá estar orientada para a alocação eficiente de recursos, o que, convenha-se, não poderia

163. PINTO JÚNIOR, Mário Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*, p. 331-333.

ser diferente. Já nos incisos consta que a ampliação da oferta de seus produtos e serviços deverá ser *economicamente sustentada* (inciso I) e que o uso de tecnologia brasileira para o desenvolvimento de suas atividades deverá ser *economicamente justificada* (inciso II).

Limita-se, pois, a atuação da Administração direta sobre a estatal, vedando que ela desempenhe atividades economicamente inviáveis sob o pretexto de que são importantes social e coletivamente, bem como servindo de instrumento para alavancagem de políticas setoriais de industrialização ou conteúdo nacional que não sejam viáveis sob a perspectiva da empresa estatal.

Recentemente, viu-se no Brasil a instrumentalização política de empresas estatais para fins de interesses governamentais, até mesmo puramente eleitorais. Com destaque para a Petrobras e a Eletrobras, que foram utilizadas como instrumento de política macroeconômica (queda da taxa de juros e controle da inflação) ou como meio de incentivar a indústria nacional (política de conteúdo nacional e queda nas tarifas de energia). Os resultados dessas políticas foram economicamente desastrosos para ambas as empresas, que experimentam até hoje quadro de elevado endividamento. Os incisos I e II do § 1.º do artigo 27 limitam a discricionariedade da Administração direta para tomada de decisões desse tipo, pois deverão sempre atender a cláusula da viabilidade econômica. Não se trata, em absoluto, de retirar a estatal da esfera de controle do governo, mas somente de uma garantia de que tais políticas tenham viabilidade financeira e econômica, bem como para que se enquadrem no escopo institucional da empresa estatal, conforme previsto na lei de instituição.

Os §§ 2.º e 3.º do artigo 27 não dizem respeito propriamente à função social da estatal. O primeiro também peca pela tautologia, pois determina o respeito às normas de sustentabilidade ambiental – o que se aplica a qualquer empresa –, bem como exorta as empresas à adoção de uma política de responsabilidade social corporativa, o que não se relaciona propriamente com a função social da estatal.¹⁶⁴ As políticas de responsabilidade social, para as empresas privadas, não

164. “Diferentemente da função social, a responsabilidade social é a integração voluntária de preocupações sociais por parte das empresas e abrange as atividades não relacionadas à sua finalidade constante do objeto social” (TONIN, Mayara Gasparoto. Função social

são obrigações legais; as empresas as adotam em razão de incentivos tributários e como meio de valorizar a marca, vinculando-as a iniciativas bem vistas pelo conjunto da coletividade. Para as empresas estatais, todavia, tornaram-se obrigações legais.

O § 3.º do mesmo artigo 27 tampouco diz respeito à função social da empresa estatal, pois refere-se a contratos de patrocínio. A prescrição legal, ao certo, deriva de abusos cometidos no passado em patrocínios esportivos e culturais por meio de empresas estatais, muitas vezes utilizadas como meio de a Administração direta se desincumbir do investimento na área, com retorno duvidoso diante de grandes investimentos realizados, revelando-se verdadeiro meio de instrumentalização política dessas entidades. É fato notório que empresas estatais, que muitas vezes sequer disputam mercado – como Petrobras, Eletrobras e Correios –, gastaram altíssimas somas de dinheiro com patrocínios culturais e esportivos nas últimas décadas. A disposição legal exige doravante uma relação do patrocínio com o fortalecimento da marca da estatal, que não poderá mais ser utilizada para persecução de objetivos do governo. Estaria o dispositivo mais bem alocado, todavia, na disciplina de contratos trazida pela lei.

Interessante notar que o artigo 27, por expressa disposição de seu *caput*, aplica-se somente às estatais que exploram atividade econômica, excetuando-se, assim, a regra geral do artigo 1.º, *caput*. Com efeito, como as empresas estatais que prestam serviço público não são criadas por relevante interesse coletivo ou por imperativo da segurança nacional, não há como dizer que cumprirão sua função social quando desempenharem concretamente um ou outro.

Tal conclusão alinha-se à tese defendida neste trabalho, isto é, uma releitura da tradicional dicotomia, mas sem abandoná-la por completo, com a aceitação da constitucionalidade na Lei n.º 13.303/2016, cuja unificação dos regimes jurídicos, nos aspectos por ela realizados, é absolutamente hígida. Afinal, se a própria lei se utiliza da dicotomia para realizar uma distinção, não há como sentenciar sua morte, em que pese ela não ter a mesma aplicação original, conforme reiteradamente defendido.

das empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: RT, 2017. p. 273).

De resto, despicienda seria a previsão de função social para a estatal que presta serviço público, pois sua mera prestação significa que a finalidade para a qual foi criada está sendo atingida. Assim, a empresa estatal que presta serviço público está cumprindo sua função social pelo simples fato de prestá-lo, atendendo, assim, à distribuição de competências materiais previstas na Constituição Federal. Equivocado, portanto, o entendimento de Rafael Carvalho Rezende Oliveira, para quem

[...] o artigo 27 da Lei n.º 13.303/2016, ao definir a função social das empresas estatais, sem qualquer distinção em relação à atividade desenvolvida (atividade econômica ou serviço público), afirmou a necessidade de realização do interesse coletivo ou do atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para sua criação. Vale dizer: o dispositivo legal em comento alargou o alcance do artigo 173 da CRFB para exigir o cumprimento da função social por parte das estatais de serviços públicos.¹⁶⁵

Ora, contrariamente ao que diz Oliveira, o legislador está justamente distinguindo entre os tipos de estatais ao fazer referência às hipóteses do artigo 173 da Constituição Federal, e não houve "alargamento" nenhum da previsão de função social às estatais que prestam serviço público, pois nestas, como dito, seria inócua previsão sobre função social. O artigo 1.º da Lei n.º 13.303/2016 já indica a aplicação da lei aos dois tipos de estatais, de modo que, se no artigo 27 está-se fazendo uma restrição de aplicabilidade àquelas criadas com fulcro no artigo 173, não há sentido sistemático ou teleológico nenhum em pretender estender o dispositivo a estatais criadas sob fundamento jurídico diverso.

Ainda na questão atinente à função social da empresa estatal, um ponto debatido na dogmática é a possibilidade de a empresa estatal auferir lucro. Para Ricardo Marcondes Martins, lucro é incompatível com as empresas estatais, pois estas devem perseguir fins públicos (imperativo da segurança nacional ou relevante interesse coletivo).

165. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de direito administrativo*, p. 123.

Assim, eventual resultado superavitário jamais pode ser considerado lucro, pois este é definido finalisticamente, isto é, o resultado final de uma atividade destinada a obter maior vantagem econômica. Nessa esteira, se o lucro é a obtenção de maior vantagem financeira possível e tal escopo não pode ser o da empresa estatal, que deve buscar fins públicos, ela não auferirá lucros.¹⁶⁶

Ressalte-se que o autor não diz que a estatal deve ser deficitária. O que sustenta é que ela não pode ter como objetivo principal auferir ganhos financeiros, pois trata-se de uma finalidade tipicamente privada que não seria compatível com uma empresa do Estado, que deve sempre buscar, como é cediço, o bem comum. Portanto, eventuais ganhos da estatal acima de seus gastos constituiriam um *superávit*, mas não lucro, no sentido econômico do termo.

Dessa premissa conclui Martins que as empresas estatais não são propriamente empresas, pois *empresa*, no sentido jurídico, significa organização dos fatores de produção para prestação de bens e serviços com intuito de obtenção de lucro, o que seria, como visto, vedado para o Estado. Dever-se-ia, pois, focalizar no aspecto "estatal" de tais entidades, não no aspecto "empresa". Esta no sentido próprio do direito privado pressuporia liberdade, autonomia da vontade e, como visto, intento de lucro, fatores que jamais estariam presentes quando do exercício da função pública.¹⁶⁷

Numa posição intermediária, José Cretella Júnior, ao discutir a natureza jurídica da empresa pública, apregoa que esta e a empresa privada têm o mesmo substrato, qual seja a organização de fatores de produção para o atingimento de determinada finalidade. A diferença é que, enquanto na empresa privada a finalidade é o lucro, na empresa pública os fins são diversos, embora possam surgir ocasionalmente, quando houver boa direção e organização. O autor, portanto, não afasta a possibilidade de a estatal auferir lucros, mas diz que eles não são sua finalidade precípua; uma coisa seria o resultado da empresa pública (eventual lucro), outra a causa determinante

166. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*, p. 7-8.

167. MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estatuto das empresas estatais à luz da Constituição Federal*, p. 8-14.

de sua criação (fins públicos). Cretella Júnior não identifica, assim, a empresa pública como pertencente ao direito privado, dadas as derivações de direito público, nem como um instituto do Direito Administrativo, em virtude de sua personalidade jurídica privada, constituindo uma categoria *sui generis*.¹⁶⁸

O tema sempre encontrou grande controvérsia doutrinária. Há bastante tempo, Themístocles Brandão Cavalcante já dizia que a sociedade de economia mista, em regra, deveria ter finalidade lucrativa, salvo disposição expressa em contrário no sentido de que fosse contemplado outro fim primordial da empresa estatal.¹⁶⁹

Irene Patrícia Nohara não afasta a possibilidade de as sociedades de economia mista buscarem lucro, pelo contrário, afirma que elas devem ser a ele orientadas (dada a necessidade de remuneração do investidor privado), mas reconhece que tais entidades padecem de um conflito de interesses latente, pois precisam também atender os objetivos que legitimaram sua criação, promovendo o desenvolvimento nacional sustentável.¹⁷⁰

Jacinto Arruda Câmara afirma que chamar as sobras empresariais da estatal de "superávit", "saldo positivo", "lucro" ou expressão equivalente é absolutamente indiferente, servindo, quando muito, para teses tributárias. Propõe, assim, uma discussão de fundo, qual seja se o fato de a empresa ser estatal impede que ela almeje resultado positivo, dê-se o nome que se queira a tal resultado. Enfim, o doutrinador rebate a tese de que a estatal não pode, como objetivo primário, além da consecução daqueles objetivos do artigo 173 da Constituição Federal, buscar o lucro, superávit ou resultado econômico positivo.¹⁷¹

Câmara identifica que a tese contrária tem um pressuposto moralista, que trata o lucro como algo condenável, próximo da usura, de modo que o particular teria direito "a não ser explorado", pagando ao Estado somente seus custos com a prestação do serviço

168. CRETILLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*, p. 234-237 e 301-302.

169. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de direito administrativo*, p. 308-309.

170. NOHARA, Irene. *Fiscalização nas empresas estatais*, p. 7.

171. CÂMARA, Jacinto de Arruda. O lucro nas empresas estatais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 10, n. 37, p. 10-11, abr.-jun. 2012.

e a exploração de atividade econômica; e outro de cunho jurídico, que seria a distinção entre interesse público primário e secundário, de modo que o lucro seria interesse secundário, que não pode ser almejado pela Administração, sob pena de desvio de finalidade.¹⁷²

Em resposta ao primeiro argumento, sustenta que, ao admitir a forma empresarial para desempenho de determinada atividade, a Constituição Federal reconhece que o lucro possa ser almejado, pois ele é ínsito a tal forma de atuação. Não haveria sentido na admissão da forma empresarial sem que o resultado superavitário pudesse ser buscado. Ademais, muitas vezes o lucro seria a melhor forma de realização do interesse público com eficiência, pois permite seu autofinanciamento, a expansão de suas atividades e a captação de crédito, bem como a obtenção de dividendos para seu controlador. Portanto, em relação ao segundo argumento, obtendo-se lucro, a estatal estaria, sim, procurando o interesse público primário.¹⁷³ No mesmo sentido: Mayara Gasparoto Tonin.¹⁷⁴

Alexandre Santos de Aragão corrobora esse pensamento, mas esclarece que o lucro não pode ser entendido como "relevante interesse coletivo" (artigo 173 da Constituição Federal) para justificar, por si só, a criação de uma estatal. Em outros termos, deve haver um interesse coletivo material, primário, não só a obtenção de lucro, pois, se assim fosse, a intervenção do Estado na economia deixaria de ser excepcional para permitir o exercício de qualquer atividade econômica, como se um particular fosse.¹⁷⁵

José Vicente Santos de Mendonça e Alex Vasconcellos Prisco, escrevendo especificamente sobre uma estatal endógena, a PPSA, afirmam que ela não só pode, como deve procurar o lucro, sendo seu objeto principal justamente maximizar o ganho obtido pela União com o óleo extraído do pré-sal. Logo, ela não seria juridicamente obrigada a suportar externalidades sociais pelo simples fato de ser estatal (por exemplo, apoiar plano ambiental mais adequado se tiver

172. *Idem*, p. 11-12.

173. CÂMARA, Jacinto de Arruda. O lucro nas empresas estatais, p. 12-15.

174. TONIN, Mayara Gasparoto. *Função social das empresas estatais*, p. 276.

175. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedade de economia mista*, p. 68-70 e 100-104.

um plano mais barato e lícito), pelo contrário, devendo maximizar os lucros para arrecadação da União, que, assim, terá recursos para cumprimento com suas finalidades típicas. Portanto, para os autores, ao visar aos interesses financeiros da União e obter o maior ganho possível, a estatal estaria preservando o interesse primário, arrecadando recursos para os programas governamentais.¹⁷⁶

Para Marçal Justen Filho, dizer que estatais, ao vestirem o figurino privado, devem perseguir o lucro, e só não serão obrigadas a tanto quando houver autorização legislativa, implica a transferência de recursos do Estado – indisponíveis por definição – em benefício de certos grupos. Menciona o autor, ainda, que, tratando-se de sociedades de economia mista e nos casos de desempenho de atividade econômica em regime de concorrência, a busca do lucro é obrigatória. No primeiro caso, para remunerar o sócio privado; no segundo caso, para não destruir os competidores com práticas anticoncorrenciais.¹⁷⁷

Edmir Netto de Araújo, por fim, esclarece que o lucro, como maior proveito econômico possível, é elemento do conceito de qualquer empresa e, em relação à empresa estatal, não é diferente. A diferença é que, no caso das estatais, a finalidade lucrativa se sobrepõe ou superpõe às finalidades do artigo 173, *caput*, da Constituição Federal.¹⁷⁸

O segundo posicionamento é o correto. As empresas estatais não precisam gerar lucro obrigatoriamente, mormente aquelas que prestam serviço público, praticam fomento ou constroem obras públicas. As que desempenham atividade econômica, todavia, devem visar ao lucro e, sendo sociedades de economia mista, não conseguirão expandir suas atividades ou atingir o relevante interesse coletivo para cuja busca foram criadas, se não apresentarem resultados positivos.

Obviamente, não se pode dizer que uma empresa estatal almejará o lucro como uma empresa privada, no sentido de, egoística-

176. MENDONÇA, José Vicente Santos de; PRISCO, Alex Vasconcelos. PPSA, a estatal endógena do pré-sal – Cinco controvérsias e um quadro geral, p. 11-13.

177. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 266.

178. ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 220.

mente, pretender ganhar cada vez mais dinheiro. A ideia de lucro, no caso da empresa estatal, é essencialmente *instrumental*, isto é, ele é o meio mais adequado para que se atenda à finalidade pública. A questão de fundo realmente relevante é se a empresa estatal deve ou não desenvolver a atividade objetivando o resultado superavitário, e a resposta, definitivamente, é afirmativa. O posicionamento em sentido contrário, apesar do verniz de defesa da justiça social e de defesa do cidadão, em última instância significa que toda a sociedade pague pelos bens produzidos pela estatal, via arrecadação tributária, quando somente aqueles que deles usufruem deveriam pagar; se o Direito Administrativo é o último recurso de defesa do cidadão diante do poder, é fácil constatar que ele será efetivamente defendido com estatais autossuficientes e que não precisem do seu dinheiro recolhido via tributos para que explorem atividade econômica, mas somente das pessoas que compram seus produtos e serviços, bem como de seus investidores.

As empresas estatais que têm resultado superavitário, sobretudo sociedades de economia mista, conseguem acessar crédito e se tornam atrativas para acionistas, aumentando seu valor de mercado e distribuindo dividendos, gerando recursos para o Estado desenvolver seus misteres públicos. Em contrapartida, estatais que têm prejuízo ou que não geram lucro não conseguem expandir suas atividades, de modo que pouco cumprem a finalidade para a qual foram criadas, em prejuízo, portanto, do interesse público primário. Como se não bastasse, muitas vezes ainda dependem de recursos orçamentários do Estado, que deveria se destinar à consecução de suas finalidades precípuas. É de clareza solar que o interesse público primário estará preservado, sim, com estatais saudáveis econômica e financeiramente, que remunerem adequadamente seus acionistas, inclusive o Estado, pois dessa maneira elas poderão atingir a finalidade pública para a qual foram instituídas.

Ao permitir que o Estado intervenha na economia mediante o manejo de empresas estatais, o constituinte justamente facultou-lhe a utilização do figurino de empresa, que não deixa de sê-lo pelo fato de ser estatal. Se a empresa estatal não puder perseguir lucro, não se trata de uma empresa, mas de uma autarquia. Se o constituinte almejasse somente autarquias na Administração indireta, não teria

possibilitado a criação de empresas. Ora, mas elas são empresas e a lógica econômica de uma empresa é que aufera lucros, para que remunere seus acionistas – que em primeiro lugar será o Estado – e para que continue progressivamente investindo em sua própria atividade. O intento da norma constitucional é justamente esse, isto é, que o Estado atinja finalidades públicas atuando sob uma lógica de mercado, o que jamais ele conseguirá se não puder visar lucro, atuando como se autarquia fosse.

Não se trata de uma empresa privada, obviamente, mas não deixa de ser empresa e, por isso, deve atuar como tal (com as derivações próprias de seu regime jurídico), tanto para adequado cumprimento de seus deveres institucionais, concretizando o interesse público consubstanciado no ato de sua criação, quanto para impedir que recursos de áreas prioritárias (saúde, educação, segurança) sejam desviados para cobrir rombos de uma empresa ineficiente.¹⁷⁹

Se o fundamento central para a estatal não poder buscar um resultado superavitário é que ela deve perseguir fins públicos, está mais do que claro que eles serão atingidos, justamente, com estatais saudáveis financeiramente, atrativas para o investidor, que não dependam do Estado e que promovam uma contínua expansão de suas atividades. Em suma, empresas estatais que deem lucro.

CONCLUSÃO

1. A descentralização administrativa caracteriza-se pela transferência de uma competência administrativa para outra pessoa jurídica, com fulcro no princípio da especialidade. Difere da desconcentração administrativa por ensejar a criação de outro ente, com personalidade jurídica separada da Administração direta.

2. As empresas estatais são produto da descentralização funcional ou técnica, isto é, recebem titularidade e execução de determinada competência administrativa que é de atribuição da Administração direta. É possível, também, que uma empresa estatal seja concessionária de outro ente federativo, quando, então, será produto de descentralização por colaboração.

3. As empresas estatais que exploram atividade econômica, em tese, não constituiriam uma modalidade de descentralização administrativa, pois não se trata, tecnicamente, de uma competência administrativa que é levada do “centro” à “periferia” da Administração. Todavia, o Decreto-lei n.º 200/1967 adotou um critério meramente subjetivo para definição da Administração indireta, incluindo nela todos os tipos de empresa estatal.

4. A origem remota das empresas estatais no Brasil remonta à criação do Banco do Brasil, em 1808. A partir da Era Vargas começam a ganhar redobrada importância, pois foram o instrumento escolhido pelo Estado brasileiro para industrialização do País. Várias empresas estatais foram criadas a partir de 1939, com destaque para o Instituto de Resseguros do Brasil, a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Vale do Rio Doce, a Companhia Hidrelétrica do São Francisco, a Fábrica Nacional de Motores e a Petrobras.

5. A criação dessas empresas não foi precedida de uma institucionalização prévia, isto é, não havia um arcabouço jurídico que lhes desse sistematicidade. A Constituição de 1946 sequer as mencionava, ao passo que a Constituição Federal de 1967 e a EC n.º 01/1969 dedi-

179. Acerca do tema, diz André Rodrigues Cyrino: “É oportuno destacar que, mesmo que a ação estatal empresária possa ter por pressuposto a promoção de finalidades públicas que não necessariamente sejam vocacionadas à obtenção de lucro, certo é que um nível mínimo de eficiência deve ser exigido” (Até onde vai o empreendedorismo estatal? Uma análise econômica do art. 173 da Constituição. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas públicas e sociedades de economia mista*. Belo Horizonte: Fórum, 2015. p. 63).