



A EMPRESA PÚBLICA NO CONTEXTO SÓCIO-ECONÔMICO ATUAL E SUAS PERSPECTIVAS

Emerson Ademir Borges de Oliveira*

RESUMO

Não é de hoje que as empresas públicas têm sofrido uma certa atenuação do rigor que as dividia entre aquelas que prestam serviços públicos e as que exercem atividade econômica em sentido estrito. Aliás, na própria natureza da empresa estatal já há um certo caráter híbrido que traz elementos tão complexos ao tema. Não bastasse isso, há casos atuais em que o grau de separação entre o serviço público e a atividade econômica resta prejudicado em face das operações exercidas, o que traz ainda mais dubiedade quanto aos institutos que cercam tais empresas. Assim, a empresa pública atual passa a ser um ente que merece análise detida e casuística e, a começar pelos Correios, deve abandonar padrões rígidos de classificação, especialmente se comparada com a sociedade de economia mista ou tendo por conta a atividade exercida.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa pública híbrida. Serviço público. Atividade econômica em sentido estrito.

THE PUBLIC COMPANY IN THE CURRENTLY SOCIAL ECONOMIC CONTEXT AND ITS PERSPECTIVES

ABSTRACT

For sometime now, the rigor that separates public companies that provide public services from the ones that explore economic activities in the strict sense is being mitigated. Probably because in the very nature of the company activity there is a certain hybrid character that brings complex elements to the topic. If that wasn't enough, there are current cases that the degree of separation between the public service and the economic activity has been damaged due to their own operations, what brings more uncertainty to the institutes that surrounds this companies. Therefore, the current public companys become an entity that demands a detailed analysis, starting with the "Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos", that requires leaving behind strict standards of classification, especially if compared with the joint capital company or considering the activity they perform.

KEYWORDS: ybrid public company. Public service. Economic activity in the strict sense.

INTRODUÇÃO

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Advogado da Petróleo Brasileiro S.A. Membro colaborador da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SP.E-mail: borgesdeoliveira@usp.br.
Versão em português recebida em 06/06/2012, aceita em 02/10/2013, e autorizada para publicação em 01/12/2013



O exercício de atividades por meio de entes privados por parte da Administração Pública pode inicialmente conduzir à ideia de que o Estado, quando o faz, assume um caráter negocial, concorrendo com o mercado nas atividades que realiza.

É preciso separar, no entanto, duas situações. Dentro de um conceito de atividade econômica em sentido amplo, há de se reconhecer tanto o serviço público – fora das hipóteses em que há efetivo exercício do poder estatal, isto é, aquelas em que mesmo o serviço público tem vestes econômicas -, como também a atividade econômica em sentido estrito, vale dizer, aquelas situações típicas do mercado de negócios.

Quanto ao segundo caso, deve-se salientar, ainda, a presença de determinados relevos constitucionais quanto ao monopólio de certas atividades, embora, como veremos, tal campo hoje seja bastante restrito, principalmente após a promulgação da Emenda Constitucional 19.

E, em relação aos serviços públicos, a despeito de não ser tecnicamente correto se falar em monopólios, há atividades tidas como exclusivas do Estado, descritas ao longo do texto constitucional, com ênfase nas atribuições dos entes estatais – Título III da nossa Carta.

Isso não é nenhuma novidade.

A problemática que nos lançamos, contudo, diz respeito às situações que consideramos híbridas porque, embora o exercício da atividade do Estado seja conferido a um ente privado – empresa estatal -, não há como precisar quanto tal atividade seja economicamente estrita ou nítido serviço público. Ou, então, a empresa se envereda por ambos caminhos, exercendo atividades que ora se encaixam em um conceito, ora em outro.

Como será possível notar, o Correios é a empresa que plantou a semente dessa problemática, mas não é possível dizer que seja a única em que tal situação ocorra, razão pela qual, embora inevitavelmente nos conectemos aos exemplos da ECT, preferimos tratar de forma mais generalizada o tema.

A conclusão sobre o caráter híbrido de tal função traz uma série de consequências que, como veremos, conduz a uma nova concepção da empresa pública no contexto sócio-econômico atual, o que se torna ainda mais agravado por posições antagônicas entre esquerda e neoliberalismo quanto à utilidade e necessidade da presença de tal ente na atualidade.

DESENVOLVIMENTO



A Administração Pública, no anseio pelo atendimentos de funções relevantes perante a sociedade, divide suas tarefas entre entes da Administração Indireta, caracterizados conforme o maior ou menor grau de influência pública ou privada e sua atuação.

O Decreto-Lei 200/67, atendendo a tal delineamento, subdivide a Administração Indireta em quatro espécies de entes: autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 4º).

Não se pretende, neste momento, traçar os caracteres de cada um e nem demonstrar que, por vezes, tal classificação pode ser insuficiente, como ocorre, por exemplo, no que a doutrina costuma chamar de fundação pública de direito público ou de direito privado.

Nosso objetivo precípua é centrar os estudos em torno da empresa pública.

A empresa pública, juntamente com a sociedade de economia mista, é espécie em que há personalidade jurídica de direito privado mesmo o ente pertencendo à Administração Pública. Isso decorre, no entanto, de uma necessidade pública de atuação governamental em determinados segmentos da sociedade, considerados estratégicos. Como ressalta, Carlos Ari Sundfeld: “O Estado não as cria para investir, buscando simples lucros, mas sempre para implementar *políticas públicas* (o desenvolvimento regional, a construção de habitações populares, o financiamento agrícola etc)”[†]. Ainda, esclarece Mario Engler: “Todo empreendimento estatal é inspirado por algum objetivo estratégico, que transcende a mera obtenção de recursos ao erário”[‡].

E essa estratégia pode ser tanto na prestação de serviços públicos como também no exercício de atividade econômica.

Quanto aos serviços públicos, sua própria natureza já justifica a atuação estatal. Mas no tocante à atividade econômica, a nossa Constituição assevera, em seu artigo 173, que o Estado apenas explorará diretamente tal atividade “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”[§].

[†] SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privadas nas empresas estatais. p. 265.

[‡] PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal*. p. 222. Continua: “A atuação empresarial pública nunca será economicamente neutra ou vazia de conteúdo axiológico. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar”. p. 224-225.

[§] “Consoante o preceito, a atividade econômica (processos de produção, circulação e consumo de riquezas) cabe, em princípio, à iniciativa privada, competindo ao Estado atuar diretamente no setor econômico nos casos apontados na própria Constituição, como os monopólios, quando necessário aos imperativos da segurança nacional e ao atendimento de interesse público relevante, definido em lei”. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 87.



É claro que os termos, por possuírem um sentido por vezes abertos^{**}, nem sempre se mostram tão claros e acabam conduzindo, não raro, a situações híbridas em que o interesse coletivo que justifica a atividade econômica pode ser também classificado como um serviço nitidamente público^{††}. Mais: há situações em que, a despeito da aparência da atividade, opera-se sob verdadeiro regime de exclusividade.

Quanto ao alcunhado “monopólio”, poder-se-ia entender que o artigo 177 da Constituição encerra um *numerus clausus* e que, fora das hipóteses descritas, não haveria regime de exclusividade. O entendimento, embora aceito pela maioria da doutrina, deve ser cuidadosamente analisado^{‡‡}.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que o próprio artigo em referência se excepciona quanto aos incisos I a IV (pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas acima; transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos do petróleo produzidos no país, bem como o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem), em relação aos quais a União pode contratar a realização inclusive com empresas privadas. Ora, se tais empresas podem realizar, ainda que em conjunto com o Estado, então não se trata propriamente de um monopólio.

Quanto ao inciso V, este remanesce a única hipótese do referido artigo em que há monopólio propriamente dito: pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas *b* e *c* do inciso XXIII do *caput* do artigo 21 da Constituição.

Note-se que mesmo neste caso, a própria Carta se excepciona novamente e permite, em alguns casos, que a iniciativa privada atue sob regime de permissão, o que, evidentemente, retira a

^{**} “A constatação sobre a relevância do interesse coletivo ou a presença do motivo de segurança nacional, autorizadores do ingresso do Estado no domínio econômico, não é exclusiva do Poder Executivo, mas deve ser compartilhada com o Poder Legislativo, na medida em que envolve um juízo eminentemente político, sendo descabida a tentativa de sua delimitação com base em critérios meramente técnicos”. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal*. p. 219.

^{††} Note-se, de plano, a problemática na conceituação de José Afonso da Silva, para quem há nítidas diferenças de regime jurídico entre a empresa estatal prestadora de serviço público e a exploradora de atividade econômica. Veremos que não é bem assim. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 801-802.

^{‡‡} Deve-se salientar que aqui há uma divisão entre aqueles que entendem que novas Emendas poderiam trazer novos monopólios e outros, como José Afonso da Silva, que afirmam que de nenhuma forma poder-se-iam ser instituídos



característica de monopólio do manuseio de alguns minerais nucleares, embora a regra seja a exclusividade da União para tal operação.

No entanto, a prática tem ensinado que não apenas o artigo 177 traz hipóteses de “exclusividade em sentido amplo”, mas sobremaneira tal conclusão deve estar calcada na leitura do próprio artigo 21 supramencionado^{§§}.

Foi o que fez o Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 46^{***}, proposta pela *Associação Brasileira das Empresas de Distribuição* em que figurou como arguida a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos*. Tal ação teve a incumbência de tratar de dois temas de vultosa relevância. De um lado, estabeleceu que a exclusividade em sentido amplo da União pode se operar em outras situações fora das previstas no artigo 177. De outro lado, trabalhou com uma temática em que, embora a discussão se desse em cima de atividade econômica, até mesmo utilizada como pressuposto pela arguente, tinha a forte raiz do serviço público.

Mediante o referido instrumento, a ABRAED questionava o “monopólio” postal conferido ao Correios, sob argumento de livre iniciativa, livre concorrência e inexistência de tal monopólio, conforme o artigo 177 da CF.

Para recepcionar o artigo 9º da Lei 6.538/78, que insere algumas atividades postais no quadro da exclusividade do Correios, o STF interpretou precipuamente os incisos X do artigo 21 e V do artigo 22, para os quais compete à União manter o serviço postal e legislar sobre ele.

O relator, Ministro Marco Aurélio, que acabou vencido, destacou importantes tópicos quanto à intervenção monopolística. Buscando um histórico no liberalismo econômico de Adam Smith, o Ministro traça uma construção no sentido de que o modelo atual da economia não mais comporta a estatização e o papel do Estado restringir-se-ia à regulação do setor:

A partir desse descrédito no potencial empresário do Estado como forma de atingir eficazmente o progresso e a transformação social, os papéis que dantes lhe foram destinados passaram por uma redistribuição, no intuito de reduzir o tamanho da máquina burocrática, devolvendo-se à iniciativa particular as atividades que estavam sendo prestadas. O pêndulo retorna à iniciativa privada, de modo a assegurar-lhe o papel de protagonista da sociedade.

novos monopólios, sob pena de afronta ao princípio da livre iniciativa. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 805-806.

^{§§} É que, a bem da verdade, o termo “monopólio” deve ser utilizado para designar atividades econômicas em sentido estrito, ao passo que para o serviço público o que se tem é “exclusividade” ou “privilégio” – Ministro Eros Grau na relatoria da ADPF 46.

^{***} Relatoria para o acórdão: Ministro Eros Grau.



A posição do referido Ministro, aliás, fora o que impulsionara a desestatização promovida, precipuamente, nos anos 90 no Brasil e na década de 80 no exterior:

Surgiu, então, a partir da década de 80, um movimento inverso, tanto nos países desenvolvidos como nos países menos desenvolvidos, no sentido de transferir para o setor privado entes estatais ou áreas absorvidas pelo Estado. Ante o quadro acima, esse movimento teve motivos pragmáticos para liberar o Estado dos custos das estatais e arrecadar recursos; e teve motivos políticos para criar nova dinâmica econômica, inspirada nos exemplos inglês (privatizações da era Thatcher) e americano. Esse movimento recebe nomes diversos: reforma do Estado, redução do setor público, *desestatização*, *desregulamentação*, *privatização*. Várias fórmulas aí são aplicadas, em especial: quebra de monopólios estatais; aumento do número de concessões e permissões de serviço público; venda de estatais ao setor privado^{†††}.

Nessa linha, aliás, Carlos Ari Sunfeld ressalta a necessidade do equilíbrio entre controle e autonomia para uma reestruturação da empresa estatal:

Dentro da nova realidade criada pela reforma do Estado, vários mecanismos foram concebidos para, segundo as hipóteses, viabilizar o pretendido equilíbrio entre controle e autonomia na relação entre o Estado e suas empresas: a celebração de “contratos de gestão” com os dirigentes escolhidos para as empresas; a “terceirização” em bloco da gerência do ente estatal, contratando-se empresa especializada e conferindo-lhe a tarefa de gerir o ente por critérios técnico-profissionais; a escolha de um sócio estratégico, ingressando com seus capitais e sua expertise para ajudar na reestruturação e gestão da empresa^{‡‡‡}.

A despeito de tais posicionamentos, no entanto, nota-se, precipuamente em governos de esquerda, uma tendência à manutenção das estatais e à assunção de uma postura mais participativa do Estado.

O STF, todavia, por 6 votos a 4, refutou a alegação de que o serviço postal configura atividade econômica em sentido estrito, derrubando o pressuposto da Associação e conduzindo o julgamento a uma ideia de serviço público. Se se trata de um serviço público^{§§§}, por evidente, não

^{†††} MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 93.

^{‡‡‡} SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. p. 271-272. Analisando tal crise nas empresas estatais europeias: UREBA, Alberto Alonso. *La empresa pública*. p. 450-452.

^{§§§} Adiantamos que, por se tratar de temática presente ao longo de todo texto, é bastante sedutora a ideia materialista de serviço público, segundo a qual haveria a necessidade de se atender a valores que têm guarida na Carta Constitucional, como a dignidade da pessoa humana, para a caracterização do mesmo, o que conduz a um relevo sociológico. De outra ponta, autores consagrados, como Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de direito administrativo*, p. 642), Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Direito administrativo*, p. 98) e Ruy Cirne Lima (*Pareceres*, p. 122) parecem defender um conceito formal, segundo o qual serviço público seria aquele expressamente relacionado pela Constituição Federal. Parece-nos, todavia, que, embora se possa defender a necessidade de previsão legal para a caracterização do serviço público, o mínimo que se espera dele é que esteja afinado com a vertente sociológica da Constituição. Mas adverte Mario Engler: “O conceito de interesse público aplicado às empresas estatais deve priorizar a dimensão institucional, sem se confundir com o interesse do Estado definido em função de linha política adotada por determinado governo, ainda que eleito de forma democrática. O interesse público empresarial exige maior estabilidade, não podendo ficar ao sabor de conveniências político-partidárias de caráter sectário e transitório. Em princípio, cabe ao Estado, por



haveria como falar em regime de monopólio, mas em atividade que tão somente pode ser prestada pelo Estado por sua própria natureza.

Interessante, no entanto, o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, para quem serviço público estaria compreendido apenas nas atividades que implicam comunicação privada e comunicação telegráfica, sendo as demais de natureza mercantil^{****}, denotando a problemática da distinção entre o que seria serviço público e o que seria atividade econômica em sentido estrito. Ainda, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que a exclusividade da União dar-se-ia apenas no tocante ao conceito de carta, cartão-postal, correspondência agrupada e fabricação de selos, não incluindo boletos, jornais e periódicos^{††††}. Por fim, considerou-se que a exclusividade recairia sobre as atividades descritas no artigo 9º da Lei 6.538, consideradas como de “serviço postal”.

Essa problemática lança outra polêmica: se parte da atividade de uma empresa pública até então considerada prestadora de serviço público tem caráter nitidamente mercantil, estaria tal função atendendo ao relevante interesse coletivo ou aos imperativos de segurança nacional, nos termos do artigo 173 da CF?

Além disso, deve-se salientar que o serviço público prestado pela empresa pública não pode estar na seara daqueles tidos como exclusivos do Estado, em que há exercício do seu poder de império, mas deve se restringir ao conceito de atividade econômica em sentido amplo, isto é, serviços públicos que podem almejar lucro.

Ora, se imaginarmos uma situação em que o objeto acaba se confundindo entre a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público, resta saber qual o direito que prepondera em seu

intermédio de seus representantes, zelar pela preservação do interesse público primário. Isso é particularmente verdadeiro no chamado Estado democrático de direito, mas não necessariamente em conjunturas históricas em que ocorre o divórcio entre governo e sociedade civil. Daí a conveniência de submeter ao escrutínio da sociedade civil as principais decisões sobre a forma de atuação das empresas estatais, incluindo os objetivos a serem priorizados”. *Empresa estatal*. p. 230. De qualquer forma, interessante a conclusão de Eros Grau: “Serviço público, assim, na noção que dele podemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima). *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 135.

^{****} “Então, julgo procedente em parte, para dizer – nesse ponto talvez eu me aproxime muito do voto do Ministro Joaquim Barbosa – que a recepção da Lei nº 6.538/78 pela Carta Magna de 88 se restringe às atividades relacionadas com entrega e envio de cartas, o que se chama tecnicamente de correspondência agrupada, e atividades correlatas, como fabricação e distribuição de selos (...) o que tiver caráter nitidamente mercantil eu excluiria”. Voto do Ministro Carlos Ayres Britto.

^{††††} MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de direito e jurisdição constitucional*. p. 729.



socorro. Isso porque nas atividades econômicas *stricto sensu* há um destaque para o direito privado, enquanto nos serviços públicos há uma grande incidência das regras de direito público^{††††}.

A problemática não cessa por aí.

O artigo 173, §2º, CF veda que empresas públicas e sociedades de economia mista recebam privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado. Mas é amplamente majoritário o entendimento de que tal vedação não alcança as que têm como objeto a execução de serviço público, até mesmo em razão do *caput* do referido artigo dizer respeito àquelas que exploram atividade econômica em sentido estrito^{§§§§}.

Nessa toada, o STF entendeu no julgamento do RE 407.099, que os Correios gozam de imunidade tributária recíproca, a despeito do artigo 150, VI, “a”, CF nada dizer a respeito de empresas públicas. Marca a decisão o fato de que deixou de se preocupar com a designação do ente e voltou-se precipuamente para o seu objeto. Nesse sentido, o relator Ministro Carlos Velloso destacou:

No que concerne à distinção que deve ser feita, relativamente às empresas públicas que exercem atividade empresarial das empresas públicas prestadoras de serviço, reporto-me ao voto que proferi por ocasião do julgamento do RE 230.072/RS: “(...) Srs. Ministros, o meu entendimento, que vem de longe, mencionado, aliás, pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, é no sentido de distinguir empresa pública que presta serviço público de empresa pública que exerce atividade econômica, atividade empresarial, concorrendo com empresas privadas. A primeira, sempre sustentei, tem natureza jurídica de autarquia. (...) Visualizada a questão do modo acima – fazendo-se a distinção entre empresa pública como instrumento da participação do Estado na economia e empresa pública prestadora de serviço público – não tenho dúvida em afirmar que a ECT está abrangida pela imunidade tributária recíproca (CF, art. 150, VI, “a”), ainda mais se considerarmos que presta ela serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, que é o serviço postal, CF, art. 21, X (Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pág. 636).

Diga-se, aliás, que o último trecho acabou sendo referendado mais tarde pelo próprio STF no julgamento da já mencionada ADPF 46.

^{††††} CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 477.

^{§§§§} “O tratamento diferenciado em função da natureza da atividade exercida tem raízes na interpretação restritiva do artigo 173, §1º, da Constituição Federal (na redação da Emenda nº 19, de 1998), que prevê a edição de lei de alcance nacional para estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais ‘que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços’, as quais ficarão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas. O Supremo Tribunal Federal decidiu que o dispositivo não alcança a empresa estatal prestadora de serviço público, o que, na prática, significa equipará-la a uma autarquia”. PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal*. p. 208. Ainda: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 479.



Embora o STF tenha posteriormente se manifestado em mesmo sentido em relação aos Correios^{*****}, tal entendimento também foi estendido para uma sociedade de economia mista estadual (AC 1.550/RO) e para a INFRAERO (AgR no RE 363.412/BA), empresa pública federal. Mais recentemente, entendeu haver imunidade tributária em sociedade de economia mista estadual, prestadora de serviço de saúde (RE 580.264)^{†††††}.

Outra questão dúbia diante da situação híbrida diz respeito à licitação. Quanto ao serviço público em si é cediça a obrigação de licitar da empresa pública. No entanto, surge dúvidas em relação à atividade econômica, até porque a própria Constituição prevê a criação de estatuto jurídico com possibilidade de licitação diferenciada para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica. A ideia, certamente, está ligada à necessidade de um procedimento mais simples para que tais empresas possam concorrer no mercado. O rigor das condições impostas pela Lei Geral de Licitações certamente tornaria inviável o exercício de qualquer atividade no mercado econômico.

Deve-se frisar que essa situação se apresenta mesmo na ausência do referido Estatuto^{†††††}. A mora legislativa neste caso – já se vão quatorze anos desde a EC 19 – não pode tornar impossível o exercício da atividade econômica, nem condenar tais empresas ao insucesso por conta de um entrave burocrático. O socorro paleativo, em geral, vem das próprias possibilidades de exclusão de licitação trazidas pela Lei 8.666/93, como o artigo 17, II, “e”, que prevê dispensa para “venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades” ou a genérica previsão “inviabilidade de competição” do caput do artigo 25, lembrando que seus incisos são exemplificativos.

***** Vide: RE 354.897, RE 398.630, Ag.Rg. na ACO 765, ACO 1.095. Atualmente, o STF discute, no RE 601.392, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, se a imunidade alcança ou não todas as atividades exercidas pela ECT. A maioria até então tem destacado um papel essencialmente mercantil de algumas atividades da empresa, isto é, aquelas que se desviam do âmbito do serviço postal.

††††† Contra: “Todas as empresas públicas e sociedades de economia mista, como entidades paraestatais que são, devem sujeitar-se ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas, porque, como já visto, todas exercem, em sentido amplo, atividades econômicas. Desse modo, não importará se o objeto é a prestação de serviço público ou o desempenho de atividade econômica *stricto sensu*. Na medida em que o Estado as institui, cobrindo-lhes com as vestes do direito privado, deve arcar com os efeitos tributários normais incidentes sobre as demais empresas privadas. A imunidade e os privilégios fiscais só se justificam para as pessoas de direito público, estas sim representando o próprio Estado”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. p. 480. O professor carioca apenas admite tais privilégios nas hipóteses de monopólio, dada a ausência de ameaça ao mercado ou abuso do poder econômico. p. 480-481. Mais uma vez, destacamos, no entanto, que se trata de **exclusividade** do serviço público, e não monopólio.

††††† MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 90.



Deve-se salientar, ainda, que o parágrafo único do artigo 24 prevê o dobro do percentual para fins de dispensa para qualquer sociedade de economia mista ou empresa pública.

Mas, enfim, e quando tivermos uma situação híbrida? Deve-se utilizar duas medidas? Uma quanto à essencialidade pública, valendo-se da Lei 8.666/93, e outra quanto à atividade econômica, com simplificação procedimental ou mesmo escusa legal? Pior: como distinguir uma situação da outra?

Chama a atenção também ao fato de que, embora o Correios tenha, na ADPF 46, reconhecido seu caráter de serviço público, a licitação nos termos da Lei 8.666/93 seria inviável naquelas atividades em que concorre com particulares. O que dizer, por exemplo, do Banco Postal?

Noutro ponto, a Constituição atribui responsabilidade civil objetiva às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviço público (artigo 37, §6º), excluindo aquelas que realizam atividade econômica^{§§§§§}. Em situações híbridas, como se vê, estaríamos frente a casos em que importaria a análise minuciosa dos fatos para saber que tipo de responsabilidade incidiria. Assim, pouco importaria a denominação jurídica do ente, mas sim a atividade exercida que conduziu ao dano.

Um outro questionamento diz respeito aos concursos públicos. O artigo 37, II, da Carta Maior prevê a realização de concurso inclusive para que se ocupe emprego e os incisos XVI e XVII vedam a acumulação de empregos e funções públicos, embora estejam tais empregados excluídos da estabilidade prevista no artigo 41^{*****}. Nesse sentido, aliás, prevê a Súmula 390, II, do TST: “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”.

Além disso, o inciso XI do artigo 37 estende a tais empregados o teto remuneratório, salvo se o ente não receber verba para pagamento de pessoal da União, Estados, Distrito Federal ou Município (art. 37, §9º). Ressalta-se, ainda, que tais empregados terão suas lides correndo na Justiça do Trabalho (artigo 114, I, CF) e sujeitam-se ao Regime Geral de Previdência Social (artigo 40, §13)^{†††††}.

^{§§§§§} “Se o objeto da atividade for a exploração de atividade econômica em sentido estrito (tipicamente mercantil e empresarial), a norma constitucional não incidirá; em consequência, a responsabilidade será subjetiva, regulada pela lei civil. Se, ao contrário, executarem serviços públicos típicos, tais entidades passam a ficar sob a égide da responsabilidade objetiva prevista na Constituição”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 493.

^{*****} CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 487.

^{†††††} CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 486-487.



Nota-se que há substanciais diferenças entre os servidores e os empregados públicos. Mas, questiona-se, e em situações em que fica patente o caráter, ao menos em parte, de serviço público da empresa estatal? O Correios liderou o exemplo e o STF, ao declarar sua aproximação da Fazenda Pública⁺⁺⁺⁺⁺, foi na contramão da observação de Odete Medauar: “A investidura nos empregos depende de aprovação prévia em concurso público, que não assegura estabilidade, **por não se tratar de nomeação para cargo de provimento efetivo, criado em lei**”^{§§§§§} (g.n.).

Essa nova construção conduziu à alteração da Orientação Jurisprudencial 247 da Seção de Dissídios Individuais-I, na qual o Tribunal Superior do Trabalho passou a entender que:

A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Além disso, em outra toada, embora patente a ideia de que são públicos apenas os bens das pessoas jurídicas de direito público, tal orientação começou a sofrer novos delineamentos^{*****}, agravada com o entendimento do STF de que os bens do Correios e outros entes privados são públicos e, portanto, não se encontram sujeitos à penhora, usucapião ou gravame de ônus reais, além de ser necessária autorização legal para alienação⁺⁺⁺⁺⁺.

Isso porque, segundo o Pretório Excelso, a natureza do bem está presa à sua finalidade: no caso o exercício de um serviço público. O fundamento, neste ponto, seria o fato de que os serviços públicos não podem sofrer solução de continuidade⁺⁺⁺⁺⁺.

⁺⁺⁺⁺⁺ No já mencionado RE 220.906, em que se reconheceu a imunidade tributária recíproca.

^{§§§§§} MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p. 90.

^{*****} Já advogavam no entendimento de que tais bens seriam **públicos de uso especial**: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p. 321; FÉRES, Marcelo Andrade. *O Estado empresário*. p. 284. Contra: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 485.

⁺⁺⁺⁺⁺ RE 220.906/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, e RE 229.696/PE, relatoria do Min. Ilmar Galvão. O mesmo entendimento alcançou a Companhia Docas do Rio de Janeiro (RE 172.816, rel. Min. Paulo Brossard) e a Companhia do Metropolitano de São Paulo (AC 669, rel. Min. Carlos Britto). No caso dos Correios, cumpre ressaltar que se tratava de recepção do artigo 12 do Decreto-Lei 509/59 que garantia a impenhorabilidade de tais bens. Contra: CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. p. 486. O professor carioca ainda cita verbete sumular do TJ-RJ e decisão do STJ no sentido de que os bens de sociedade de economia mista podem ser usucapidos (REsp 647.357/MG).

⁺⁺⁺⁺⁺ Alexandre Aragão lembra que o serviço público está baseado nos postulados das Leis de Rolland: **continuidade**, igualdade e mutabilidade ou atualização constante às ondas evolutivas, sobretudo tecnológicas. *Direito dos serviços públicos*. p. 90. Mario Engler fala ainda em: “regularidade, qualidade, adaptabilidade constante, modicidade tarifária e universalidade”. *Empresa estatal*. p. 216.



Tal conclusão conduz à necessidade da utilização do sistema de precatórios, reservado para as dívidas decorrentes de condenações judiciais da Fazenda Pública, nos termos do artigo 100 da CF.

Em termos processuais, a problemática também se alastra. Isso porque nosso Código de Processo Civil garante determinadas prerrogativas à Fazenda Pública, entendida como pessoa jurídica de direito público^{§§§§§§§§}. E, embora o anacrônico Decreto-Lei 509/69 equipare o Correios à Fazenda Pública, é certo que este novel entendimento não decorre pura e simplesmente da leitura de tal instrumento, mas de toda a construção jurisprudencial que vem sendo feita em relação a esta empresa pública.

Nesse entendimento, não se pode olvidar alguns itens específicos da Fazenda Pública quando está em juízo, como o prazo em dobro para recorrer, prazo em quádruplo para contestar, execução nos termos do artigo 730 do CPC, defesa do executado mediante embargos à execução, limitações quanto à antecipação de tutela, prazos prescricionais, honorários sucumbenciais etc^{*****}.

A problemática que nos propomos, todavia, diz respeito a como diferenciar os momentos em que tais prerrogativas, além de outras questões, devem ser aplicadas. Como já citado, não teria cabimento se falar em pagamento por precatórios em decorrência de dívida contraída judicialmente por ato ilícito cometido no exercício do Banco Postal.

É evidente que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos nos trouxe tais questionamentos e uma certa dúvida em relação às perspectivas de empresas públicas de caráter híbrido. Mas não se olvide que da mesma forma podem operar outras empresas estatais, reacendendo a discussão até aqui traçada e sua aplicação em outros casos.

Nosso intento é plantar a semente da discussão sobre o novo papel da empresa pública e o exercício de atividades tanto econômica quanto na seara do serviço público e o que isso representa para sua própria configuração e na sua perspectiva jurídica. Modelos prontos e acabados, provindos de um anacrônico direito administrativo, não se prestam a apresentar soluções fora de uma postura

§§§§§§§§ “A expressão *Fazenda Pública* é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira (...) A par de tais pessoas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades administrativas, que compõem a Administração Indireta: são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Estas 2 (duas) últimas – empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública. Já a autarquia constitui uma pessoa jurídica de direito público, com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. p. 15-16.



quase maniqueísta: ou o bem ou o mal. Melhor dizendo, ou público ou privado. O que busca é como equilibrar aquilo que na prática já existe e como oferecer a resposta prática de tal equilíbrio no plano jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta-nos questionar se nosso modelo constitucional estaria pronto para situações híbridas como estas em que há uma dubiedade ou duplicidade de regimes aplicáveis, a depender do caso concreto ou, se, então, deveríamos-nos cercar de apenas um modelo, a depender do elemento preponderante de cada ente: atividade econômica em sentido estrito ou serviço público.

Parece-nos que o ideal seja mesmo a separação entre os conceitos, de forma que uma empresa estatal não labore com ambos sob o mesmo regime e mesma nomenclatura. Mas isso seria um estado ideal das coisas, talvez factível no mundo das ficções.

A prática tem demonstrado que a expansão das raízes do ente administrativo e discussões como aquelas atinentes ao poder estratégico público, mesmo quando se tem nítida atividade econômica em sentido estrito, passa a exigir a busca de uma solução mais viável.

Se nossa Constituição estivesse pronta, responde-nos Eros Grau:

A ordem econômica e a Constituição de 1988, no seu todo, estão preñes de cláusulas transformadoras. A sua interpretação dinâmica se impõe a todos quantos não estejam possuídos por uma visão estática da realidade. Mais do que divididos, os homens, entre aqueles que se conformam com o mundo, tal como está, e aqueles que tomam como seu projeto o de transformá-lo, aparta-os o fato de os segundos terem consciência de que a História – como a vida – é movimento. E de que a História não acabou, ilusão que só pode ser alimentada por quem não tenha a menor ideia das condições de vida do homem nas sociedades subdesenvolvidas.

Por certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 pode instrumentar mudança e transformação da realidade, até o ponto, talvez, de reconfigurar a ideologia constitucional e mesmo, quiçá, em seu devido lugar recolocar o individualismo metodológico.

Tudo dependerá de quem esteja o Estado a representar, de quais sejam os interesses que o motivam, interesses de grupos ou interesse social – e em função de que interesse estejam a exercer o poder os representantes institucionais da sociedade (...).

Por certo pode, a ordem econômica na Constituição de 1988 – Constituição dirigente, dinamismo – instrumentar a busca da realização, em sua plenitude, do interesse social.

***** Sobre o tema, aliás, excelente a obra de Leonardo José Carneiro da Cunha, *A Fazenda Pública em Juízo*.



Os homens, é certo, não fazem a História como querem, mas sim sob circunstâncias com as quais se defrontam^{††††††††}.

Assim é que urge necessário que se proponha um “modelo” que possa responder à realidade do Estado na execução de seu empreendimento. Bem sabemos que a utilização do modelo exclusivamente privado desnortearia a finalidade da própria empresa prestadora de serviços públicos, assim como a utilização do modelo exclusivamente público faria com que a empresa estatal perdesse sua razão de ser.

Por isso é que a construção do modelo híbrido nada mais é do que uma resposta jurídica a algo real, e não a criação de uma nova instituição. O modelo estatal brasileiro acabou forçando de ambos os lados e contrabalaceando a tentativa exclusiva de desestatização, em razão de uma posição forte de esquerda. Isso acabou conduzindo o Tribunal Maior à identificação de alguns pontos importantes nas empresas públicas que não poderiam ser aplicados simplesmente na mesma medida em que se aplica a lei ao investidor privado.

É que a Constituição limita tanto a atividade econômica do Estado que mesmo nos casos em que ela é exercida não há como desvencilhar de uma certa prestação pública de cunho estratégico.

Mas nosso objetivo foi centrar nos ambientes em que se identifica com maior clareza o próprio serviço público e quando este é exercido em concomitância com a atividade econômica em sentido estrito. Diferente do que a teoria pode supor, todavia, nem sempre a linha que divide ambos é tão clara e nem sempre uma mesma empresa atua apenas em uma das duas searas.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 22.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 7.ed. São Paulo: Dialética, 2009.

FÉRES, Marcelo Andrade. O Estado empresário: reflexões sobre a eficiência do regime jurídico nas sociedades de economia mista na atualidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 6, 2007.

^{††††††††} GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p. 350-351.



Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD, v.2, n. 24, 2013

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Ruy Cirne. *Pareceres (Direito Público)*. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1963.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. *Empresa estatal: função econômica e dilemas societários*. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. A participação privada nas empresas estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 264-285.

UREBA, Alberto Alonso. *La empresa pública*. Aspectos Jurídico-Constitucionales y de Derecho Económico. Madrid: Editorial Montecorvo, 1985.