

COLABORADORES

ADILSON ABREU DALLARI – Professor Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público-*sbdp*; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos-CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas-NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP. Consultor Jurídico.

ALÉCIA PAOLUCCI NOGUEIRA BICALHO – Consultora em contratações públicas, infraestrutura e regulatório. Advogada.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO – Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ; Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo-USP; Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

ANGÉLICA PETIAN – Doutora em Direito pela PUC/SP; Professora de Direito Administrativo dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Escola Paulista de Direito; membro da Associação Paulista de Direito Administrativo. Advogada e Parecerista.

DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI – Doutora e Mestre pela PUC/SP; Professora de Direito Administrativo da PUC/SP. Ex-Procuradora do Município de São Paulo.

FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES – Doutor e Mestre em Direito do Estado-UFPR; Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições; Pesquisador convidado da *Columbia Law School*-NY, EUA. Autor de diversos livros na área do Direito Administrativo. Advogado e Consultor em infraestrutura.

GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER – Doutor em Direito do Estado-USP; Mestre e Bacharel em Direito-UFSC. Advogado.

JOEL DE MENEZES NIEBUHR – Doutor em Direito do Estado-PUC/SP. Advogado.

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA – Professor Titular de Direito Administrativo; Desembargador Federal do TRF 2ª Região, aposentado; ex-membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

SERGIO FERRAZ – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC/RJ; Procurador Aposentado do Estado do Rio de Janeiro; Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; foi decano do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, Consultor Jurídico do Ministério da Justiça. É atualmente Consultor Jurídico e Advogado militante.

HISTÓRIA E REGIME CONSTITUCIONAL DA ATIVIDADE EMPRESARIAL ESTATAL¹

SERGIO DE ANDRÉA FERREIRA

1. Introdução. 2. Histórico constitucional. 3. O regime constitucional vigente: 3.1 A ordem econômico-financeira e o Direito Econômico; 3.2 A atividade econômica empresarial. 4. O Estatuto Jurídico das Empresas Estatais.

1. Introdução

1.1 O ser humano experimenta, permanentemente, necessidades – e mais ilimitadas em número crescente –, buscando sua satisfação.

1.1.1 Há as necessidades individuais e aquelas que são gerais ou plurais. Dessas, uma parte é tida, por necessidades essenciais, em determinado lugar e momento histórico, merecendo que de seu atendimento se ocupe o Poder Público.

1.1.2 Daí a distinção entre *atividade econômica em sentido estrito* (produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, com fins lucrativos e protagonizada pela empresa, sob regime de direito privado) e o *serviço público* sob regime de direito público, titularizado e exercido direta ou indiretamente, pelo Estado.

1.2 Ocorre que o Poder Público atua, não só como prestador dos serviços públicos, mas também, através das *empresas governamentais*, na condição de explorador da atividade econômica, conforme os arts. 173, sobre a atividade econômica estatal, e 175, sobre serviço público, ambos os dispositivos, no Título VII, sobre a Ordem Econômica e Financeira, da Constituição Federal.

1. Palestra proferida, em 6.4.2017, no Seminário, “A Lei das Empresas Estatais”, promovido pela Associação Paulista de Direito Administrativo e pelo Instituto dos Advogados de São Paulo.

1.3 Constitui, pois, *erroria* pretender apartar-se o que se costuma chamar de *primeiro setor*, o Estado, do *segundo setor*, o mercado: se o primeiro presta serviços públicos, também atua no espaço social mercadológico; se a empresa privada, por excelência, desenvolve atividade econômica *stricto sensu*, igualmente, como concessionária, como

1.3.1 Ademais, tomado o termo *Estado* não como sinônimo de Poder Público, mas como instituição político-jurídica de uma sociedade em determinado território, constata-se que o espaço social mercadológico se insere na instituição estatal, submetendo-se ao *regime jurídico-constitucional, legal e regulativo*.

1.3.2 Daí, além de explorador é agente normatizador e regulador da atividade econômica, mediante o *planejamento*, a *fiscalização* e o *fomento* (CF, art. 174), abrangendo a atuação repressiva (economia normativa).

1.4 Outrossim, a noção de *domínio econômico*, de *poder econômico* (usadas pela própria CF, art. 149, e seu § 2º; e 173, § 4º; respectivamente), transmitem, equivocadamente, a noção de uma *cidadela*, em que o Poder Público só poderia ingressar, *excepcionalmente* e por meio de *intervenção*, já que ele seria um terceiro, e não um partícipe.

1.5 Sempre houve, de uma forma ou de outra, com esta ou aquela intensidade, a inter-relação, a interação entre o setor público e o privado, em matéria econômica.

2. *Histórico constitucional*

2.1 É recente o fenômeno da criação das empresas do Estado, como forma de descentralização administrativa e, conseqüentemente, de exercício da atividade econômica administrativa. Como integrante do contexto do processo de intervenção estatal no domínio econômico, acentuou-se o emprego desse instrumento, a partir da I Guerra Mundial.

2.1.1 Se bem que alguns estudiosos da matéria situem, na Alemanha, no final do século XVIII e início do século XIX, o surgimento das sociedades de economia mista, o certo é que foi após a Guerra de 1914-1918, no citado país, que se desenvolveu esse tipo de ente descentralizado:² em países desenvolvidos, por motivos políticos e fiscais; e, em países subdesenvolvidos, com vistas ao desenvolvimento econômico.

2. V. “Estudo de Direito Comparado sobre Empresas do Estado”, relatório de Nikola Balog por nós traduzido, in *RDA* 87/35-51, 88/34-75, 89/34-67 e 90/30-56.

2.1.2 Os antecedentes, em geral apontados, dos monopólios estatais na Antiguidade, inclusive no Império Romano e, mais recentemente, das companhias coloniais dos séculos XV, XVI e XVII, tão importantes na História de Portugal e do Brasil, e nas quais se associavam a Coroa e particulares, segundo as concepções mercantilistas, não têm semelhança com a atual empresa do Estado, que é uma pessoa jurídico-administrativa.

2.1.2.1 Em 1649 deu-se a criação da Companhia Geral do Comércio do Brasil (coordenação das atividades comerciais entre Portugal e o Vice-Reino; sociedade com capital constituído com recursos reais e particulares, com imunidades e privilégios, sendo apontada como antecedente, ainda que remoto, das empresas comerciais ligadas ao Estado). Recordem-se os monopólios da Coroa, como o do pau-brasil.

2.1.3 Em nosso País, aponta-se, como a mais antiga empresa do Estado, o Banco do Brasil, criado pelo Alvará de 12.10.1808 e liquidado por Lei, de 23.9.1829. Lei de 5.7.1853 criou um novo Banco do Brasil.

2.2 A Constituição Imperial de 1824, a primeira Constituição Republicana de 1891 e sua Emenda de 1926 eram omissas quanto à atuação do Estado na economia.

2.2.1 Na segunda metade do século XIX ocorreu a mobilização de capitais privados, especialmente estrangeiro, para a exploração de serviços públicos, como os de estradas de ferro, iluminação pública, serviços de água e esgoto, transporte urbano. A Administração Pública encontrava-se desaparelhada e sem tecnologia e capital, mediante contratos e obras públicas e concessões.

2.3 Foi efetivamente a partir dos anos de 1930 que se desenvolveram a interação e a participação econômicas do Estado, ao lado da proteção aos direitos sociais.

2.4 A Constituição Federal de 1934 buscou atender a essas duas frentes, fazendo-se pioneira na destinação de um Título (o de n. IV), à “Ordem Econômica e Social” (arts. 115 a 143).

2.4.1 Citemos seu art. 115:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna; dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.

2.4.2 Por seu turno, o art. 116 cuidava da monopolização de *indústria* ou *atividade econômica*, mediante indenização; e o art. 119, e parágrafos, tratavam da nacionalização.

2.4.3 Quanto ao direito de propriedade, em seu art. 113, n. 17, diferentemente das Cartas Políticas anteriores, que asseguravam o “direito de propriedade em toda a sua plenitude” (arts. 179 e XXII e 72, § 17), respectivamente (34, § 28, pela EC de 1926), prescrevia

É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

2.4.3.1 Exerceu-se o caráter absoluto da propriedade, que se mostrou direito relativo, eis que juridicamente *institucionalizável*.

2.5 A Carta ditatorial de 1937 também dedicou todo um Capítulo a “Ordem Econômica” (arts. 135 a 155).

2.5.1 Reproduza-se seu art. 135:

Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado.

A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.

2.5.2 O art. 140, originalmente, dispunha sobre o regime corporativo:

A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas do poder público.

2.5.2.1 Com a Emenda Constitucional 9, de 1945, a redação passou a ser a seguinte:

A economia da produção será organizada em entidades representativas das forças do trabalho e que, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de Poder Público.

2.5.3 E o art. 144:

A lei regulará a nacionalização progressiva das minas, jazidas mineiras e quedas d’água ou outras fontes de energia, como das indústrias consideradas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar da Nação.

2.5.4 Por sua vez, o art. 122, n. 14, preceituava que o “direito de propriedade” tinha seu conteúdo e os seus limites “definidos nas leis que lhe regulassem o exercício”.

2.5.5 No regime de 1937, no Governo ditatorial de Vargas, de cunho nacionalista, deu-se, a partir de 1939, a criação, dentre outras empresas governamentais: do Instituto de Resseguro do Brasil – IRB (1939), da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN (1941), da Companhia Vale do Rio Doce (1942), do Banco de Crédito da Borracha (1942), da Companhia Nacional de Álcalis (1943), da Companhia Hidrelétrica do São Francisco (1945), da Fábrica Nacional de Motores (1946).

2.6 A Constituição de 1946, com o retorno à democracia, também reservou, porém, um Título (o de n. V) à “Ordem Econômica e Social”.

2.6.1 Transcrevamos alguns de seus dispositivos:

Art. 145: A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.

Art. 146: A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta constituição.

Art. 147: O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social.

Art. 148: A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico.

2.6.2 Não mais preceituou a nacionalização de *minas, jazidas mineiras, quedas d'água* e de outras fontes.

2.6.3 Sob a égide do diploma constitucional em foco, desenvolveu-se o Governo liberal, conservador, do Presidente Eurico Dutra, durante cujo mandato, o Banco de Crédito da Borracha foi transformado em Banco de Crédito da Amazônia, no ano de 1950.

2.6.4 Seguiu-se o retorno, democraticamente, ao Poder, de Getúlio Vargas, em 1951.

2.6.4.1 Neste ano, a Caixa de Crédito Cooperativos foi transformada no Banco Nacional de Crédito Cooperativo; e, em 1952, foi criado o Banco do Nordeste do Brasil.

2.6.4.2 Fundamental foi a constituição da Petrobras, pela Lei 2.004, de 3.10.1953, o que foi precedido da campanha conhecida pelo *slogan* “O Petróleo é nosso!”. Vargas era a favor de um sistema misto, que per-

mitisse contar com o capital de investidores privados, inclusive estrangeiros, mas o Projeto foi alterado no Congresso Nacional.

2.6.4.2.1 A União Democrática Nacional (UDN), embora conservadora, assumiu a defesa do monopólio estatal, tendo sido apresentado pelo então Deputado Bilac Pinto, catedrático de Direito Administrativo da Faculdade Nacional de Direito e presidente do referido partido, encaminhar Projeto criando a Empresa Nacional de Petróleo (ENAP), aprovado na Câmara, mas desfigurado no Senado. Aquela primeira Casa do Congresso, no entanto, derrubou as emendas aprovadas na assim chamada Câmara Alta.

2.6.4.2.2 Vargas sancionou o Projeto, e pela Lei 2.004/1953, cabia à Petrobras a execução do monopólio estatal do petróleo, assim, como a pesquisa, exploração, refino do produto nacional e estrangeiro, transporte marítimo e sistema de dutos. Mantiveram-se as refinarias privadas já existentes e a participação de empresa privatizadas na distribuição dos derivados de petróleo.

2.6.4.3 Citemos, ainda, a criação, também no Governo Vargas, em 1952, da autarquia econômica, de fomento, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico – BNDE; depois, a partir de 1982, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, já com a natureza de empresa pública.

2.6.4.4 A Petrobras, em seu viés transnacional, veio a tornar-se *holding* de um grupo de sociedades, inclusive com sede no Exterior.

2.6.5 No período desenvolvimentista de Juscelino Kubitschek, constituíram-se, em 1956, a Companhia Urbanizadora da Nova Capital – NOVACAP, com a finalidade de executar os serviços de construção e urbanização de Brasília e a Companhia Siderúrgica de Minas Gerais – USIMINAS; em 1957, a Rede Rodoviária Federal – RFESA.

2.6.6 Em 1961, já no curto período de Jânio Quadros, pela Lei 3.890-A, foi instituída a Centrais Elétricas Brasileiras – Eletrobras, instalada no Governo João Goulart, e que se tornou *holding*, através dos anos, de um grupo de empresas governamentais, integrantes do Sistema Eletrobras: a Eletrobras CGTEE (estatizada em 1998); CHESF (1945); Eletrobras Eletronorte (1973); Eletrobras Eletronuclear (1977, precedida pela NUCLEN); Eletrobras Eletrosul (1968); Eletrobras Furnas (1957); Itaipu Binacional (1973).

2.6.7 Lembre-se da criação da Empresa Brasileira de Telecomunicações – Embratel (1962), da Companhia Brasileira de Alimentos – Cobal (1962), da Companhia Brasileira de Armazenamento – Cibrazem (1962).

2.7 As Cartas Políticas do Período Militar assim trataram da matéria, “Da Ordem Econômica e Social”:

a) CF/1967:

Art. 157. (...).

§ 8º. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei da União, quando indispensável por motivos de segurança nacional, ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficiência no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais.

§ 9º. Para atender à intervenção no domínio econômico, de que trata o parágrafo anterior, poderá a União instituir contribuições destinadas ao custeio dos respectivos serviços e encargos, na forma que a lei estabelecer. (...)

Art. 163. Às empresas privadas compete preferencialmente, com o estímulo e apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º. Somente para suplementar a iniciativa privada, o Estado organizará e explorará diretamente atividade econômica.

b) CF/1967, com a EC 1/1969:

Art. 163. São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. (...)

Art. 170. Às empresas privadas compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas.

§ 1º. Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica.

§ 2º. Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações.

§ 3º. A empresa pública que explorar atividade não monopolizada ficará sujeita ao mesmo regime tributário aplicável às empresas privadas.

2.7.1 Sob o regime constitucional militar, foi editado o Decreto-lei 200, de 25.2.1967, a que se seguiram o de n. 900, de 29.9.1969, e as alterações da Lei 7.596/1987, com a fixação das linhas básicas da Orga-

nização Administrativa Federal, a qual serviu de matriz para a legislação dos demais níveis federativos.

2.7.1.1 Distinguiu-se, pioneiramente, em sede legal, entre os conceitos de Administração direta e indireta; e, nesta, entre autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas (arts. 4º e 5º, e parágrafos, do Decreto-lei 200/1967 e art. 5º do Decreto-lei 900/1969). Outrossim, estabeleceram-se princípios fundamentais da Pública Administração (arts. 6º a 18 do Decreto-lei 200/1967) e as regras sobre a supervisão ministerial (doutrinariamente, designada por “tutela administrativa”, no Título IV), com relação aos seus dois segmentos (arts. 25, 26 e 28); bem como as específicas sobre a que se submeteriam as empresas públicas e mistas (art. 27, e parágrafo único).

2.7.1.2 A exploração da atividade econômica estrito senso, pelo Estado, ficou reservada às empresas governamentais. Daí, órgãos e autarquias econômicos terem sido transformados em empresas públicas: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (1969); Caixa Econômica Federal – CEF (1969), Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (1971). Em 1969, foi criada a EM-BRAER.

2.7.1.3 O Governo valeu-se do instituto da desapropriação para adquirir ações e quotas de empresas particulares e assumir o seu controle. O primeiro caso, Banco Hipotecário e Agrícola de Minas Gerais, dera-se em 1944; a que se haviam seguido o da Companhia Paulista de Estradas de Ferro (1961) e o da Faculdade de Ciências Médicas (1961), no Rio de Janeiro. Posteriormente, o fenômeno jurídico deu-se com o Consórcio Construtor Rio-Niterói S.A. (já em 1971) e com as sociedades do Grupo Conceição, no Rio Grande do Sul (1975) (v. Súmula STF 476).

2.8 A Lei 6.404, de 15.12.1976, que dispõe sobre *sociedades por ações*, dedica seu Capítulo XIX às sociedades de economia mista; vindo a ser alterada pelo Decreto-lei 2.296/1986 e pelas Leis 8.021/1990, 9.457/1997, 10.303/2001, 11.638/2007, 11.941/2009, 12.431/2011, 12.838/2013, 13.129/2015.

2.8.1 O regime estabelecido faz, das sociedades mistas, sociedades anônimas de *tipo especial*, chamando-as de *sociedades anônimas de economia mista* (art. 235).

2.8.2 Estatui, em seu art. 238, que seu acionista controlador “poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação”. Aliás, sempre se debateu acerca do latente conflito entre os dois polos de interesses: o *público* e o *privado*.