

**IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI QUITO - EQUADOR**

**CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO, VIVER BEM
E PÓS-DESENVOLVIMENTO**

MARCOS LEITE GARCIA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C756

Constitucionalismo Econômico, Viver Bem e Pós-Desenvolvimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UASB

Coordenadores: Raul Llasag Fernández; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-673-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

CONSTITUCIONALISMO ECONÔMICO, VIVER BEM E PÓS- DESENVOLVIMENTO

Apresentação

O IX Encontro Internacional do CONPEDI, que aconteceu nos dias 17, 18 e 19 de outubro de 2018, na cidade de Quito, no Equador, realizado na Universidade Andina Simón Bolívar (UASB) e com apoio do Instituto de Altos Estudos Nacionais (IAEN) e da Pontifícia Universidade Católica do Equador (PUC-Ecuador), teve como tema central a Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, Teoria do Estado e o Ensino do Direito, sendo desdobrado nos seguintes vários eixos como: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano; os Direitos da natureza; a plurinacionalidade e a interculturalidade; a cultura jurídica e educação constitucional; a Participação e a democracia no continente americano; as diversidades étnicas e culturais e gênero; a organização do poder e o presidencialismo e, por último o tema da presente coletânea de trabalhos: Constitucionalismo econômico viver bem e pós-desenvolvimento.

O Grupo de Trabalho 10, intitulado Constitucionalismo econômico viver bem e pós-desenvolvimento, contou com a apresentação de 19 trabalhos divididos pelos menos dois eixos temáticos propostos. Na questão do constitucionalismo os debates foram relativos aos temas da fundamental intervenção do Estado nas relações econômicas que tiveram sua origem no constitucionalismo social de todo o Século XX e que com a influencia atual do neoliberalismo que promove a diminuição de sua função interventora. Assim com o florescer do Novo Constitucionalismo Latino-Americano o Estado de forma determinante volta a ter uma participação mais ativa no sistema econômico. Assim foram debatidos questões como: a proteção constitucional no Brasil dos idosos superendividados; a instrumentalidade das empresas públicas à luz da constituição brasileira; a expropriação de fato das terras indígenas pela contaminação com agrotóxicos; a regulação das companhias aéreas no Brasil com relação ao transporte de bagagens; o comércio justo no Equador e Direitos Humanos como fruto do acordo com a União Europeia; heurísticas de ancoragem e fixação de danos morais em juízos de pequenas causas no Rio de Janeiro; revolução industrial 4.0 e a necessidade de utilização de seus mecanismos para potencializar o trabalho como direito humano; regime alimentar moderno colonial na escassez e na abundância; sociedade de consumo e consumismo como desafios da contemporaneidade. Sobre o segundo bloco de trabalhos com temas mais relacionados às novas constituições Latino-americanas, especialmente com o reconhecimento dos princípios do bem viver, dos direitos da natureza e

o pós-desenvolvimento, os trabalhos apresentados foram sobre as questões: bem-viver frente o modelo capitalista de produtivismo extrativista; desregulamentação do capital transnacional na comunidade andina; princípio da prevenção em um ambiente de necessidade de estruturação do decrescimento; o caminho para o bem comum a partir dos deveres e direitos fundamentais; reflexões sobre os direitos humanos e o bem-viver como um fundamentos do Novo Constitucionalismo Latino-Americano; serviços públicos no constitucionalismo equatoriano.

Assim, como comemoração dos dez da Constituição equatoriana de 2008 e como também homenagem a divulgação de forma mundial da maneira de se relacionar com a natureza chamada de bem-viver, os presentes artigos do Grupo de Trabalho que aqui apresentamos merecem a leitura. A partir dos debates ficou estabelecido que a utopia de um outro mundo possível é representada pelo Novo Constitucionalismo Latino-Americano e pelo bem-viver. O constitucionalismo transformador e egocêntrico latino-americano, de modo particular, nos Andes, a partir do qual ocorre uma revolução paradigmática do Direito, a partir do giro ecocêntrico, mediante a constitucionalização dos direitos da natureza (Pachamama) e da cultura do bem-viver, sob a inspiração da cosmovisão andina, necessariamente inicia sua divulgação mundial, a partir das novas da Constituição do Equador em 2008, e depois da Bolívia em 2009, a prevalência da cultura da vida e da significativa relação de interdependência entre todos os seres vivos, pautada em novos valores da harmonia, desconhecidos da sociedade capitalista ocidental tradicional. A partir deste novo paradigma ecocêntrico, as inovações sobre o tratamento jurídico da natureza e suas políticas públicas, segundo a proposta do bem-viver, diferentes entre si, no Equador (Sumak Kawsay) e na Bolívia (Suma Qumaña), assim como suas irradiações para o mundo, em especial, sua influência sobre essa nova visão de mundo.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Raul Llasag Fernández - UCE (Equador)

Marcos Leite Garcia - UNIVALI (Brasil)

A INSTRUMENTALIDADE DAS EMPRESAS PÚBLICAS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

THE INSTRUMENTALITY OF STATUTORY COMPANIES ACCORDING TO THE BRAZILIAN CONSTITUTION

Alexandre de Albuquerque Sá ¹

Resumo

O presente estudo investiga a instrumentalidade das empresas públicas, baseando-se primordialmente nas orientações fixadas na Constituição da República de 1988. Sem embargo, são examinadas as principais as divergências doutrinárias e textos normativos que regulamentam a matéria, inclusive o estatuto jurídico das sociedades estatais, Lei nº 13.303 /2016. Utiliza-se predominantemente o método dedutivo com pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem teórica, valendo-se das fontes jurídicas ortodoxas, ou seja, legislação, literatura especializada e jurisprudência dos tribunais pátrios.

Palavras-chave: Empresa pública, Instrumentalidade, Direito societário, Direito constitucional, Estatuto jurídico das sociedades estatais

Abstract/Resumen/Résumé

This paper investigates the instrumentality of statutory companies, based primarily on the guidelines established in the 1988 Brazilian Constitution. However, are examined the main doctrinal divergences and normative texts that regulate the subject, including the Legal regime of state companies, Law 13,303/2016. It is predominantly used the deductive method with bibliographical and documentary research, with a theoretical approach, using the orthodox legal sources, that is, legislation, specialized literature and jurisprudence of the Brazilian courts.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Statutory company, Instrumentality, Company law, Constitutional law, Legal regime of state companies

¹ Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, impende salientar que a figura da empresa pública não é algo recente no direito positivo brasileiro, haja vista que, ao menos desde o século XIX, o Estado já se valia dessa estrutura para realizações negócios considerados importantes à Administração.

Nesse sentido, recorda-se, à guisa de exemplo, que a primeira empresa pública constituída no Brasil foi a Caixa Econômica Federal, adotando-se a nomenclatura “Caixa Econômica da Corte” e tendo sua autorização estabelecida pelo único artigo do Decreto nº 2.723¹, de 12 de janeiro de 1861, da lavra do Imperador Dom Pedro II.

Contudo, a proliferação delas só ocorreu a partir do Estado Novo². Essa difusão se deu em um momento em que o Estado passou a exercer, além de seu mister tradicional, atividades então restritas à iniciativa privada, seja de produção, comércio ou prestação de serviços, em função de uma política de atendimento à interesses julgados relevantes à coletividade³.

Nessa quadra, para atingir tais objetivos, a Administração passou a adotar, ainda que parcialmente, os modelos societários existentes no direito privado, predominantemente o da

¹ Hei por bem autorisar a criação de uma Caixa Economica e um Monte de Soccorro nesta Côrte, que se regerão pelos Regulamentos, que com este baixão, propostos pela commissão encarregada de sua organisação, observando-se as seguintes disposições:

1ª. As operações dos referidos Estabelecimentos deverão principiar dentro de seis mezes contados da data do presente Regulamento.

² Utilizando o termo empresa pública em sentido lato, como sinônimo de sociedade estatal, Sergio de Andréa Ferreira (1979, p. 4) ensina que: “*Empresas governamentais no Brasil* - Em nosso País, aponta-se como a mais antiga *empresa do Estado* o Banco do Brasil, criado pelo Alvará de 12 de outubro de 1808, sendo certo que a Lei n.º 59, de 8 de outubro de 1833, criou um novo Banco do Brasil.

Mas o desenvolvimento no campo em tela deu-se a partir de 1939, com a criação pela União, dentre outras empresas, do Instituto de Resseguros do Brasil (1939), da Companhia Siderúrgica Nacional (1941), da Companhia Vale do Rio Doce (1942), da Companhia Nacional de Álcalis (1943), da Fábrica Nacional de Motores (1946), do Banco de Crédito da Amazônia (1950), do Banco Nacional de Crédito Cooperativo (1951), da Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás (1953), da Companhia Urbanizadora de Nova Capital do Brasil - Novacap (1956), da Rede Ferroviária Federal (1957), das Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais - Usiminas (1958), da Companhia Siderúrgica Paulista - Cosipa (1960), das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. - Eletrobrás (1961), da Empresa Brasileira de Telecomunicações - Embratel (1962), da Companhia Brasileira de Alimentos - Cobal (1962), da Companhia Brasileira de Armazenamento - Cibrazem (1962), do Serviço Federal de Processamento de Dados - Serpro (1964), da Empresa Brasileira de Turismo - Embratur (1966), da Companhia de Navegação Lloyd Brasileira e da Empresa de Reparos Navais Costeira S.A. (1966), da Companhia Docas do Rio de Janeiro (1967), da Financiadora de Estudos e Projetos - Finep (1967), da Termisa - Terminais Salineiros do Rio Grande do Norte S.A. (1970), etc. Até estabelecimento hospitalar assumiu a forma de empresa do Estado: o Hospital das Clínicas de Porto Alegre (Lei n.º 5.604, de 2 de setembro de 1970, Decreto n.º 66.930, de 16 de julho de 1971), vinculado ao MEC.”

³ Segundo Caio Tácito Sá Viana Pereira de Vasconcelos (2005, p.85): “É, todavia, em período recente que se desenvolvem os sérvios industriais e comerciais do Estado, como procedimento de intervenção no domínio econômico, tradicionalmente reservado à iniciativa privada.

O Estado, a par de sua típica atividade pública, ingressa nas categorias de produção e de comércio como um prestador de bens e serviços na execução de uma política de atendimento a interesses relevantes da coletividade.”

sociedade anônima, por perceber um sistema mais flexível e dinâmico do que a burocracia pública clássica⁴.

Contudo, ressalte-se que, apesar de crescente desde a década de 1930, essa possibilidade de intervenção direta no domínio econômico, ao menos do ponto de vista das diversas Constituições brasileiras, foi tida como residual, com o intuito de tutelar determinado interesse público específico ou em atendimento a questões de segurança nacional⁵.

Nesse contexto de ampliação da intervenção estatal, foi estabelecido o primeiro conceito de empresa pública, o qual se passa a analisar.

2 EMPRESA PÚBLICA E A REFORMA ADMINISTRATIVA DE 1967

A abordagem genérica das empresas públicas no direito positivo brasileiro⁶ só adveio com a entrada em vigor do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que tratava da reforma administrativa do regime militar, cujo art. 5º estabelecia o seguinte conceito de empresa pública:

⁴ Nessa direção, Oscar Barreto Filho (1977, p. 404) chega a afirmar: “Exatamente porque constitui a forma mais evoluída e elaborada de organização empresarial, é a *sociedade anônima* o modelo mais conveniente para a estruturação das empresas públicas.” (grifo do autor).

⁵ Nesse sentido, são os seguintes dispositivos: Constituição de 1937: “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.” Constituição de 1946: “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”.

Constituição de 1967: “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.”

Constituição de 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.”

Constituição de 1988: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

⁶ Alberto Bittencourt Cotrim Neto (1975, p. 25) apresenta um dado interessante. O Brasil, por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, teria sido o primeiro país a estabelecer um conceito legal de empresa pública. Nas palavras do autor: “Em segundo lugar, nenhum país - ao que seja de nosso conhecimento - até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, *stricto sensu*, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluído o Brasil, que, com o Decreto-lei nº 200, de 1967, complementado e modificado em parte pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituíram entre nós: e o conceito legal, a par de outros elementos legais, extravagantes mas pertinentes à Administração Indireta, valem como estatuto para a empresa pública nacional.” (grifo do autor).

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União ou de suas entidades da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar atividades de natureza empresarial que o Governo seja levado a exercer, por motivos de conveniência ou contingência administrativa, podendo tal entidade revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

No entanto, a interpretação literal do dispositivo poderia levar à impressão de que as empresas públicas poderiam somente exercer atividade econômica de forma organizada, haja vista a utilização do termo ‘empresa’ na denominação dessa espécie de sociedade e o uso da expressão ‘natureza empresarial’ ao qualificar as funções exercidas.

Esse equívoco legislativo foi parcialmente corrigido pela nova redação do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 dada pelo Decreto-Lei nº 900/1969, pois, ainda que se tenha mantido o mesmo *nomen iuris*, passou a constar que as empresas públicas seriam criadas para “exploração de atividade econômica”, locução verbal mais abrangente que a anterior, que não qualquer fazia remissão alguma à maneira de seu exercício:

a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.

Não obstante, esse não foi o único posicionamento doutrinário defendido à época da entrada em vigor do Decreto-Lei nº 900/1969. Nesse sentido, lembra-se que, para Caio Tácito Sá Viana Pereira de Vasconcelos (2005, p. 88), o objetivo do legislador ao modificar o diploma de 1967 era dar maior enfoque à substância da atividade a ser desenvolvida pela sociedade estatal, e não ao aspecto formal⁷.

Por sua vez, José Cretella Junior (1976, p. 44) sustentou que a mudança legislativa teria vindo em boa hora, procurando corrigir o pleonasma do texto originário, o qual estabelecia que ‘empresa’ pública desenvolveria atividade de natureza ‘empresarial’, o que não faria sentido “por configurar pura tautologia”⁸.

⁷ Nas palavras daquele autor: “O Decreto-lei nº 900/69 atribuiu nova redação aos preceitos em causa, substituindo, nos dois incisos, os trechos sublinhados pelas expressões ‘para exploração de atividade econômica’.

Buscou-se, em suma, destacar a substância, e não a forma, da atividade a ser exercida pelo Estado.” (VASCONCELOS, 2005, p. 88) (grifo do autor).

⁸ Na dicção de José Cretella Junior (1976, p. 44): “Em boa hora, pois, o Decreto-lei nº 900, de 1969, procurou corrigir os contornos estreitos da empresa pública, redefinindo-a. Primeiro, ao invés de falar em atividades de natureza empresarial, o que não tinha sentido, por configurar pura tautologia (‘empresa pública é entidade cujas

Todavia, não se pode anuir com a ideia de que a empresa pública estaria limitada à realização de atividade econômica de sentido estrito, desempenhada sob a forma de empresa com *animus lucrandi*, pois as práticas administrativas também se valeram dessas pessoas jurídicas para realizar atividades econômicas em sentido estrito sem fins lucrativos e até mesmo para prestarem serviço público⁹.

Nessa perspectiva, rememora-se a existência, por exemplo, da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT)¹⁰, empresa pública que presta o serviço público postal¹¹, em regime de exclusividade, comprovando-se, portanto, o descompasso entre uma compreensão literal do art. 5º do Decreto-Lei nº 200/1967 e a realidade efetivamente vivenciada.

Além do mais, o instituto da empresa pública foi usado no panorama da descentralização técnica do Estado, atribuindo-se determinada parcela de funções essencialmente públicas a essas entidades de direito privado por meio de lei específica, em

atividades são de natureza empresarial'), o legislador passou a falar mais corretamente em atividade econômica ('empresa pública é entidade cujas atividades são de natureza econômica') [...].”(grifo do autor).

⁹ Essa questão não passou despercebida pela doutrina: “À primeira vista, considerando-se os termos lógicos em que se decompõe a expressão *empresa pública*, somos levados a conceituá-la como a pessoa jurídica de direito público interno, criada pela lei para o exercício da atividade econômica organizada sob forma de empresa. Ledo engano, pois a empresa pública, no sentido que lhe atribui a prática administrativa, é pessoa jurídica de direito privado, criada com a finalidade de executar serviço público ou de utilidade pública, de natureza econômica ou não.

A extensão atribuída ao conceito de empresa pública, em flagrante contradição com os termos que o compõem, gera inevitável imprecisão e suscita uma série de dúvidas e indagações, que seriam facilmente eliminadas se houvesse mais rigor lógico na conceituação do instituto.” (BARRETO FILHO, 1977, p. 397-398). (grifo do autor).

¹⁰ Decreto-Lei nº 509, de 20 de março de 1969:

Art. 1º - O Departamento dos Correios e Telégrafos (DCT) fica transformado em empresa pública, vinculada ao Ministério das Comunicações, com a denominação de Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT); nos termos do artigo 5º, ítem II, do Decreto lei nº.200, de 25 de fevereiro de 1967.

[...]

Art. 2º - À ECT compete:

I - executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional;

¹¹ Ainda que não seja o objeto deste artigo o conceito de serviço público, convém sinalizar que a doutrina brasileira se divide basicamente em duas correntes: (i) a primeira, conhecida por convencionalista-legalista, que vislumbra o conceito de serviço público em decorrência de previsão constitucional ou legal; e (ii) a segunda, nomeada por essencialista, que concebe o serviço público como aquele que necessário para a defesa do interesse social.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 671), integrante do primeiro grupo, define serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.”

Já para Marçal Justen Filho (2010, p. 692), membro da segunda grei, serviço público seria “atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.”

franca oposição a uma leitura restritiva do Decreto-Lei nº 200/1967¹², o qual conferiria apenas às autarquias a assunção do serviço público¹³.

Esse emprego das empresas públicas em atividades que tradicionalmente eram realizadas pelos entes políticos ou autarquias possibilitou, inclusive, o reconhecimento jurisprudencial¹⁴ e doutrinário¹⁵ da extensão de privilégios e prerrogativas então restritos às entidades de direito público em razão de previsão legal específica, além dos reputados inerentes à própria consecução do serviço público.

Uma vez realizado o exame da instrumentalidade das empresas públicas após a reforma administrativa de 1967, impende perscrutar se o quadro foi remodelado com a entrada em vigor da Constituição da República de 1988.

3 EMPRESA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

¹² Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

¹³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015, p. 518) leciona que: “Descentralização **por serviços, funcional** ou **técnica** é a que se verifica quando o Poder Público (União, Estados ou Municípios) cria uma pessoa jurídica de direito público ou privado e a ela atribui a titularidade e a execução de determinado serviço público. No Brasil, essa criação somente pode dar-se por meio de **lei** e corresponde, basicamente, à figura da autarquia, mas abrange também **fundações** governamentais, **sociedades de economia mista e empresas públicas**, que exerçam serviço público. A Lei nº 11.107, de 6-4-05, criou novo tipo de entidade que prestará serviço público mediante descentralização; trata-se dos **consórcios públicos**, a serem criados por entes federativos para a gestão associada de serviços públicos, prevista no artigo 241 da Constituição Federal.” (grifo da autora).

¹⁴ Nessa linha, são as seguintes ementas de julgados da Suprema Corte:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS: IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA: C.F., ART. 150, VI, A. EMPRESA PÚBLICA QUE EXERCE ATIVIDADE ECONÔMICA E EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO: DISTINÇÃO. I. - As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 150, VI, a. II. - R.E. conhecido em parte e, nessa parte, provido.” (BRASIL, 2004). (grifo do original).
“RECURSO. Extraordinário. Imunidade tributária recíproca. Extensão. Empresas públicas prestadoras de serviços públicos. Repercussão geral reconhecida. Precedentes. Reafirmação da jurisprudência. Recurso improvido. É compatível com a Constituição a extensão de imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público.” (BRASIL, 2011). (grifo do original).

¹⁵ Consoante o magistério de Maria Sylvia Di Pietro (2015, p. 518-519) : “Tradicionalmente, os autores indicam apenas a autarquia como forma de descentralização por serviço, definindo-a, por isso mesmo, como **serviço público descentralizado**: trata-se de determinado serviço público que se destaca da pessoa jurídica pública (União, Estados ou Municípios) e ao qual se atribui personalidade jurídica própria, também de natureza pública; entende-se que o ente instituído deve ter a mesma capacidade pública, com todos os privilégios e prerrogativas próprios do ente instituidor. Não é por outra razão que o Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, apegado a essa doutrina tradicional, define apenas a autarquia como entidade que presta **serviço público típico** de Estado. Todavia, o estudo da evolução das formas de descentralização revela que se criaram entes com personalidade de direito privado e a eles transferiram a **titularidade** e a **execução** de serviço público, com o mesmo processo de descentralização; a diferença está em que os privilégios e prerrogativas são menores, pois a entidade só usufrui daqueles expressamente conferidos pela lei instituidora e reputados necessários para a consecução de seus fins.” (grifo da autora).

Inicialmente, cabe salientar que a Constituição da República de 1988 pouco alterou a prática administrativa consolidada no que tange à instrumentalidade dessas pessoas jurídicas de direito privado.

As empresas públicas continuam a poder ser utilizadas em duas conjunturas alternativas. Isto é, como instrumento da atuação administrativa na prestação de serviços públicos (art. 175 da Carta¹⁶) ou como meio para intervenção direta do Estado na economia, realizando atividades econômicas em sentido estrito (art. 173 da Lei Maior¹⁷).

Sem embargo, é necessário reconhecer que a Constituição não trouxe uma conceituação própria de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito, o que gera insegurança jurídica em muitos casos, apesar do esforço da doutrina de tentar fixar parâmetros seguros¹⁸.

Entretanto, pode-se afirmar que, como recurso de interferência estatal, a criação de empresas públicas não pode advir de exteriorização de mera conveniência administrativa, mas necessita observar às limitações impostas no Texto Constitucional (imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo), conceitos estes também indeterminados¹⁹, a serem identificados no momento da elaboração da lei autorizativa²⁰.

¹⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

¹⁸ A literatura reconhece que, muitas vezes, é árdua a tarefa de segregar precisamente os dois segmentos. Eros Roberto Grau (2015, p. 109) argumenta em uma linha essencialista que: “Não obstante as dificuldades que se antepõem ao discernimento da linha que traça os limites entre os dois campos, ele se impõe: *intervenção* é a atuação na área da *atividade econômica em sentido estrito*; exploração de *atividade econômica em sentido estrito* e prestação de *serviço público* estão sujeitas a distintos regimes jurídicos (arts. 173 e 175 da Constituição de 1988).

O critério acima enunciado há de auxiliar o intérprete no exercício de identificação desta ou daquela parcela da *atividade econômica (em sentido amplo)* como modalidade de *serviço público* ou de *atividade econômica em sentido estrito*. Essa identificação, contudo, não se pode dar no plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídica. Assim, o que efetivamente há de ser determinante para tanto será o exame da Constituição, desde que o intérprete tenha compreendido que, em verdade, *serviço público* não é um *conceito*, mas uma *noção*, plena de *historicidade*, conforme explicitado mais adiante. De três outros aspectos, contudo, devo ainda cogitar: o atinente à inconsistência da identificação do que seja *serviço público* mediante a consideração do regime jurídico a que se sujeita a atividade (a), o referente à definição constitucional de certas atividades como serviço público (b) e o concernente à situação jurídica das empresas públicas e das sociedades de economia mista que prestam serviço público (c).” (grifo do autor).

¹⁹ De acordo com Maria Sylva Zanella Di Pietro (2015, p. 37): “Na Constituição de 1988, a ideia de subsidiariedade está muito menos clara, pois a exploração direta da atividade econômica pelo Estado passou a ser permitida ‘quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei’. Ambos os fundamentos são expressos por vocábulos indeterminados, que deixam grande margem de discricionariedade para o legislador.” (grifo da autora).

²⁰ Eros Roberto Grau (2015, p. 297) assim concluiu acerca da determinação do relevante interesse coletivo: “Daí a conclusão de que essa lei, que definirá relevante interesse coletivo, poderá ser lei federal quanto lei estadual. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual.” (grifo do autor).

Além disso, conforme aponta a doutrina mais tradicional²¹, o sistema constitucional brasileiro estabeleceria que a intervenção do Estado é medida excepcional e direcionada ao planejamento da economia nacional. A regra permaneceria no sentido de que cabe aos particulares o exercício das atividades econômicas em sentido estrito, em regime de livre concorrência (art. 170 da Constituição²²).

Contudo, o Supremo Tribunal Federal vem mitigando esse posicionamento liberal, reconhecendo um papel mais amplo ao Estado no domínio econômico, com o intuito de cumprir e fazer cumprir as diretrizes, programas e objetivos plasmados na Carta de 1988, tratando-se, portanto, de uma verdadeira complementação, e não oposição, entre a livre iniciativa particular e a intervenção estatal²³.

²¹ Consoante o ministério de Caio Tácito Sá Viana Pereira de Vasconcelos (2005, p. 86-87): “Em razão de sua singularidade, a criação da empresa pública ou da sociedade de economia mista não é um ato livre do administrador público. Representa uma escolha política que, por sua qualidade, incumbe ao legislador (princípio da reserva legal). Nos Estados capitalistas, a atividade econômica é por excelência conferida ao capital privado, ainda que a lei possa determinar os parâmetros da livre iniciativa.

A intervenção estatal na economia é, por definição, um procedimento excepcional, inspirado em fins de interesse coletivo e integrado no planejamento da economia nacional (Constituição, art. 173).

No sistema de sociedade aberta e de economia de mercado – que é nosso modelo constitucional – a atividade econômica pública é complementar da iniciativa privada, dominada pelo princípio da subsidiariedade e ocupando os espaços vazios dos quais se ausenta a iniciativa privada ou quando esta fracassa.

Na retração ou na inaptidão do capital privado é que deve avançar o investimento estatal que a Constituição considere suplementar e, portanto, secundário em relação ao capital privado (Constituição de 1988, art. 173; Constituição de 1967/1969, art. 170).” (grifo do autor).

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

²³ Nessa orientação, é paradigmática a ementa do julgado da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1950, proveniente do Estado de São Paulo:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na

De outro giro, destaca-se que a Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, trouxe significativas contribuições ao tema das sociedades estatais. O constituinte derivado, ao alterar a redação do inciso XIX, do art. 37 da Carta Política²⁴, deu maior tecnicidade ao dispositivo, esclarecendo que a lei específica autoriza a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, mas não as cria conforme a literalidade do inciso original²⁵, até porque tais pessoas jurídicas devem observar as normas de direito privado, inclusive quanto à sua constituição²⁶.

Além disso, a Emenda modificou a redação do primeiro parágrafo do art. 173 da Constituição²⁷, prevendo o surgimento do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços²⁸.

composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.” (BRASIL, 2005). (grifo do original).

²⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

²⁵ Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

XIX - somente por lei específica poderão ser criadas empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública;

²⁶De acordo com Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2015, p. 554): “A Emenda Constitucional nº 19/98 corrigiu uma fala do artigo 37, XIX, da Constituição, que exigia lei específica para a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação. O dispositivo era criticado porque, em se tratando de entidades de direito privado, como a sociedade de economia mista, a empresa pública e a fundação, a lei não **cria** a entidade, tal como o faz com a autarquia, mas apenas **autoriza** a criação, que se processa por atos constitutivos do Poder Executivo e transcrição no Registro Público.” (grifo da autora).

²⁷ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

²⁸O estabelecimento de um estatuto jurídico para as empresas públicas era reclamado pela doutrina há tempos, conforme aponta Oscar Barreto Filho (1977, p. 404): “Todos os autores estrangeiros e nacionais afirmam, unanimemente, a necessidade da elaboração de um estatuto geral das empresas públicas, no qual seriam

Ocorre que a referida determinação só fora cumprida em 2016, aproximadamente 18 (dezoito) anos após o início da vigência da Emenda Constitucional nº 19/1998, por meio da Lei nº 13.303, de 30 de junho.

Sem embargo, impende salientar que tal norma foi promulgada com direcionamento mais amplo do que o vislumbrado pelo constituinte derivado, uma vez que pretende ser aplicável a todas as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, ainda que não explorem atividade econômica em sentido estrito, conforme o art. 1º do diploma legal²⁹, devendo as sociedades estatais existentes se adaptar ao novo regime no prazo de 24 (vinte e quatro) meses sinalizados no art. 91 da Lei³⁰.

Em que pese o fato de que essa opção legislativa, mais alargada do que o Texto Constitucional, possa ser questionada judicialmente, até o presente momento, se desconhece a propositura de qualquer ação que alegue sua inconstitucionalidade, mantendo-se, portanto, a presunção de constitucionalidade da referida Lei.

Ademais, é razoável a interpretação do texto constitucional no sentido de que a União teria a atribuição de estabelecer normas gerais acerca das empresas públicas e sociedades de economia mista, haja vista a instabilidade que geraria se, por exemplo, cada um dos mais de 5.000 (cinco mil) Municípios brasileiros pudesse estipular um tratamento diferenciado sobre o tema, além da invasão de competência privativa federal legislativa em direito civil e comercial (art. 22, I da Constituição).

Igualmente, destaca-se que nem mesmo uma lei infraconstitucional específica que trate da autorização de criação de uma empresa pública que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços pode afastar as normas imperativas fixadas na Lei nº 13.303/2016, haja vista que todos os entes políticos devem se submeter a opção do constituinte de exigir um estatuto jurídico uniforme à matéria.

Assim, portanto, a manifestação de vontade dos entes políticos ao instituir as empresas públicas que desempenham atividade econômica em sentido estrito, por força do art. 173, §1º

atendidas as peculiaridades do regime jurídico dessas empresas, no tocante à constituição, financiamento, contabilidade, controle, finalidade, órgãos de gestão, assembleias gerais, etc. Esta necessidade prende-se à circunstância notória de que as normas que regem as sociedades mercantis são de manifesta insuficiência para atender a todos esses pontos.”

²⁹ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

³⁰ Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

da Lei Fundamental, está também condicionada aos princípios e regras do estatuto jurídico das sociedades estatais (Lei nº 13.303/2016), o qual impõe uma estrutura voltada à transparência, governança corporativa, gestão de riscos e de controle interno³¹.

Como prestadoras de serviço público, nem tampouco as empresas públicas podem ser instrumentalizadas de maneira arbitrária, ainda que o campo de escolhas do Administrador seja maior em matéria de atribuição primordial do Estado (art. 175 da Constituição da República).

Primeiramente porque a criação de quaisquer sociedades estatais necessariamente deve ser autorizada por lei específica³², o que demanda o controle do mérito da proposta pelo Poder Legislativo. Em segundo lugar, porque toda atuação do Estado está sujeita às diretrizes estabelecidas no *caput* do art. 37 da Carta Política.

Assim sendo, o desenvolvimento da atividade administrativa deve se dar “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto” (MELLO, 2010, p. 122)³³.

Destarte, essa atuação estatal deve seguir as diretrizes básicas e cumprir os direitos dos usuários de serviços públicos, plasmados, respectivamente, nos arts. 5º³⁴ e 6º³⁵ da Lei nº 13.460,

³¹ Nessa perspectiva é por exemplo o comando insculpido no art. 6º da Lei nº 13.303/2016:

Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

³² Constituição da República: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

³³ Em razão de tais deveres da Administração Pública, Juarez Freitas (2009, p. 22) depreende a existência de um direito fundamental à boa administração: “trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.”

³⁴ Art. 5º O usuário de serviço público tem direito à adequada prestação dos serviços, devendo os agentes públicos e prestadores de serviços públicos observar as seguintes diretrizes:

I - urbanidade, respeito, acessibilidade e cortesia no atendimento aos usuários;

II - presunção de boa-fé do usuário;

III - atendimento por ordem de chegada, ressalvados casos de urgência e aqueles em que houver possibilidade de agendamento, asseguradas as prioridades legais às pessoas com deficiência, aos idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo;

IV - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de exigências, obrigações, restrições e sanções não previstas na legislação;

V - igualdade no tratamento aos usuários, vedado qualquer tipo de discriminação;

[...].

³⁵ Art. 6º. São direitos básicos do usuário:

de 26 de junho de 2017, estando subordinados a tais ditames a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios por força dos arts. 37, §3º, I, e 175, II, da Constituição da República.

Por fim, de acordo com o já exposto, entende-se que o âmbito de escolha administrativo no que tange às empresas públicas prestadoras de serviço público está igualmente circunscrito ao respeito às normas gerais da Lei das Estatais, haja vista competência da União para estabelecer dispositivos genéricos organizativos da administração pública e legislar sobre o direito civil e comercial (art. 22, I, da Constituição).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, foi analisada a instrumentalidade das empresas públicas no direito brasileiro, verificando-se a utilização dessas pessoas jurídicas pela Administração, cotejando-se com os dispositivos existentes no ordenamento jurídico e os apontamentos da doutrina especializada.

Aferiu-se que um tratamento genérico das empresas públicas no direito positivo brasileiro³⁶ surgiu com a reforma administrativa de 1967, tendo o art. 5º do Decreto-Lei nº 200 plasmado um conceito positivo que atrelava essas pessoas jurídicas de direito privado ao desenvolvimento de atividades de natureza empresarial.

Entretanto, percebeu-se que parcela da doutrina já reconhecia naquele tempo a possibilidade de as empresas públicas prestarem serviços públicos e/ou desempenharem atividades econômicas de sentido estrito, de forma não organizada e sem intuito de lucro, não se limitando a uma interpretação meramente literal da norma.

I - participação no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços;

II - obtenção e utilização dos serviços com liberdade de escolha entre os meios oferecidos e sem discriminação;

III - acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal e na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

IV - proteção de suas informações pessoais, nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011;

V - atuação integrada e sistêmica na expedição de atestados, certidões e documentos comprobatórios de regularidade; e

VI - obtenção de informações precisas e de fácil acesso nos locais de prestação do serviço, assim como sua disponibilização na internet, especialmente sobre:

[...].

³⁶ Alberto Bittencourt Cotrim Neto (1975, p. 25) apresenta um dado interessante. O Brasil, por meio do Decreto-Lei nº 200/1967, teria sido o primeiro país a estabelecer um conceito legal de empresa pública. Nas palavras do autor: “Em segundo lugar, nenhum país - ao que seja de nosso conhecimento - até hoje legislou um estatuto para a empresa pública, para um tipo de empresa a que, *stricto sensu*, se adequasse a expressão em referência. Nenhum país, bem entendido, excluído o Brasil, que, com o Decreto-lei nº 200, de 1967, complementado e modificado em parte pelo Decreto-lei nº 900, de 1969, ambos anteriormente citados, já teve ensejo de formular um conceito, com base no qual várias entidades do gênero se constituíram entre nós: e o conceito legal, a par de outros elementos legais, extravagantes mas pertinentes à Administração Indireta, valem como estatuto para a empresa pública nacional.” (grifo do autor).

Identificou-se que a Administração usou o instituto das empresas pública não apenas na seara da intervenção estatal no domínio econômico, mas efetivamente se valeu delas como instrumento de descentralização de suas atividades clássicas, criando, em diferentes casos, sociedades prestadoras de serviços públicos.

Concluiu-se que a Constituição da República de 1988 contemplou o emprego das empresas públicas tanto como meio de prestação de serviços públicos, como de intervenção direta na econômica ao desempenhar atividade econômica em sentido estrito, nas situações previstas no Texto, notadamente relacionadas a imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Constatou-se que o Supremo Tribunal Federal vem relativizando o posicionamento liberal de que essa intervenção é hipótese excepcionalíssima, dando beneplácito a um papel mais acentuado do Estado no domínio econômico, com o intuito de atender as diretrizes, programas e objetivos plasmados na Carta de 1988.

Por fim, examinou-se o impacto do estatuto jurídico das sociedades estatais, assentando-se como a tese de que as normas gerais, especialmente os princípios norteadores do diploma, conformam a vontade do Administrador que se recorre dessas pessoas jurídicas, obrigando-o a conceber ou adaptá-las a uma estrutura voltada à transparência, governança corporativa, gestão de riscos e de controle interno.

5 REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas públicas e sociedades de economia mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARRETO FILHO, Oscar. Formas jurídicas da empresa pública. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 72, n. 1, p. 397–409, jan./dez. 1977.

BARTHOLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Função social da empresa. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 96, n. 857, p. 11-28, mar. 2007.

BEMQUERER, Marcos. **O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda constitucional nº19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERALDO, Leonardo de Faria (Org.). **Direito societário na atualidade: aspectos polêmicos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOBBIO, Noberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Baueri: Manoele, 2007.

BONFIM, Natália Bertolo. **O interesse público nas sociedades de economia mista**. 2011. 124 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.950**.

Requerente: Confederação Nacional do Comércio – CNC. Requeridos: Governador do Estado de São Paulo; Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Órgão julgador: Pleno.

Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 03 de novembro de 2005.

_____. _____. **Recurso extraordinário nº 407.099**. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT. Recorrido: Município de São Borja. Órgão julgador: Segunda turma. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 22 de junho de 2004.

_____. _____. **Recurso extraordinário com agravo nº 638.315**. Recorrente: Município de Salvador. Recorrida: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária - INFRAERO.

Órgão julgador: Pleno. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, DF, 09 de junho de 2011.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SIMÕES, Raísa Carvalho. A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro. **Panóptica**, Vitória, a. 3, n. 18, p. 127-153, mar./jun. 2010.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. O lucro nas empresas estatais. **Revista brasileira de direito público**, Belo Horizonte, v. 10, n. 37, p. 9–18, abr./jun. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). **Tratado de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2015. 8 v. V. 1: Introdução ao direito comercial e teoria geral das sociedades.

COTRIM NETO, Alberto Bittencourt. Teoria da empresa pública de sentido estrito. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 122, p. 21-56, out./dez. 1975.

CRETELLA JÚNIOR, José. Formas jurídicas da empresa pública. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 125, p. 42–59, jul./set. 1976.

CRISTIANO, Romano. **A subsidiária integral no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Sergio de Andréa. O direito administrativo das empresas governamentais brasileiras. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, n. 136, p. 1-33, abr./jun.1979.

FIDALGO, Carolina Barros. **O estado empresário: das sociedades estatais às sociedades privadas com participação minoritária do estado**. São Paulo: Almedina, 2017.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Org.). **Direito Societário Contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais: Lei 13.303/2016**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Lei das s.a.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2 v. V. 1: pressupostos, elaboração e modificações.

_____; _____. **Direito das companhias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

LEITE, Sandro Grangeiro. A evolução das empresas públicas e sociedades de economia mista no contexto jurídico brasileiro. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 38, n. 109, p. 99–110, maio/ago.2007.

MAIA, Fernanda Caroline. A administração das empresas estatais. **Revista de direito administrativo contemporâneo**, São Paulo, a. 4, v. 27, p. 67–76, nov./dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUKAI, Toshio. A empresa pública na nova constituição. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 176, p. 21-28, abr./jun. 1989.

NORONHA, João Otávio; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto. **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. Indicações (a)políticas para os conselhos de administração das estatais? In: FRAZÃO, Ana (Org.). **Constituição, empresa e mercado**. Brasília: Faculdade de Direito - UNB, 2017. p. 265-279.

PETHECHUST, Eloi; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Perspectivas para as empresas estatais no Brasil: propostas para um estatuto jurídico. **Revista de direito administrativo & constitucional**, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 99-121, out./dez. 2015.

PINTO, Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 50, n. 146, p. 9–17, mar./abr. 1953.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no direito administrativo econômico atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Princípio da descentralização administrativa através da criação de empresas estatais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, n. 1, p. 185-209, jan./dez. 1992.

VASCONCELOS, Caio Tácito Sá Viana Pereira de. As empresas públicas no Brasil. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 84, p. 432-439, abr./jun. 1966.

_____. Regime jurídico das empresas estatais. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 242, p. 85-93, out./dez. 2005.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Direito comercial**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. 5 v. V. 2: Sociedades.