

# Empresas estatais na Constituição da República: delimitação dos alcances da regência de direito privado

**Alexandre Wagner Vieira da Rocha**

*Advogado da Caixa em Brasília  
Especialista em Direito Público pela Universidade  
Católica de Brasília/DF*

**RESUMO:** O presente trabalho busca, por meio da análise do conteúdo ético-valorativo de princípios e regras da Constituição da República, promover uma reflexão renovada acerca da regência legal atribuída pelo constituinte às empresas estatais que exploram atividades econômicas. O estudo é promovido sobre manifestações técnicas exaradas em textos de doutrina e acórdãos de Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União, além de apoiar-se em informações e experiências acumuladas pelo autor na prática da advocacia dedicada à empresa pública.

**Palavras-chave:** Empresas estatais. Regência constitucional. Controle externo

## 1 Introdução

Na esteira histórica do surgimento e expansão do "Estado do bem-estar social", as demandas sociais impuseram aos Governos, num crescendo sem fim (especialmente no pós-guerra), a criação de estruturas administrativas cada vez maiores e mais complexas, erigidas na perspectiva de atendimento dos apelos populares por bens e serviços.

Nesse contexto surgiram as empresas estatais por assimilação de um modelo de gestão privada, que permitia maior agilidade e flexibilidade na condução de negócios e interesses. Com isso as estruturas estatais tornaram-se gigantescas e onerosas, inviabilizando a gestão pública, impondo concorrência desproporcional à iniciativa privada em praticamente todos os setores da economia, minando a capacidade de investimentos públicos, e, conseqüentemente, construindo modelos fiscais e monetários desequilibrados e caóticos.

Surge, então, espaço para uma crítica de fundo neoliberal ao papel do Estado, que defende o encolhimento deste às suas funções mínimas (saúde, segurança, educação), para deixar à liberdade de iniciativa todo o espaço destinado à atividade econômica. Com isso esperavam os arau-

tos dessa proposição que o Estado pudesse responder mais adequadamente às funções a ele atribuídas, enquanto o mercado se encarregaria de equilibrar as relações na sociedade.

Com o fenômeno da globalização econômica, que acirrou a concorrência entre empresas e blocos econômicos (formados para melhor defender interesses comuns estabelecidos entre países), impôs-se a revisão do modelo de Estado com absorção parcial das teses neoliberais, porém, com preservação de alguns instrumentos que permitissem ao Estado intervir na economia para direcionar o equilíbrio das relações entre os particulares e assegurar o desenvolvimento. Além dos instrumentos políticos de atuação direta, reservou-se ao Estado a condição de atuar de forma direta em sede de atividade econômica, a fim de regular setores por meio de concorrência, fomentar novas atividades, prover espaços em que a iniciativa privada não manifestasse interesse ou capacidade de investimento. Porém, essa atuação deveria se dar sem privilégios que pudessem, por desequilíbrio concorrencial com os particulares, criar embaraços à iniciativa privada.

Nessa nova ordem econômica, ressurgem, então, as empresas estatais como instrumentos de atuação do Estado, com caráter bastante diverso do anteriormente concebido e utilizado em muitos países. O Constituinte brasileiro de 1988, atento a essas transformações ocorridas nos países centrais, bem como à necessidade de revisão da estrutura administrativa interna - especialmente no que se referia às empresas estatais - acerca da qual se fazia severas críticas em relação às suas dimensões, à ineficiência, ao corporativismo, excessos burocráticos, desenhou um novo modelo de Estado que absorvia aquelas evoluções ocorridas no estrangeiro.

O novo modelo incompatibilizou a presença do Estado brasileiro em vários setores da atividade econômica em que se encontrava atuando, vez que não mais contava com a liberdade anteriormente gozada para a preservação de empresas desnecessárias e incompatíveis com as novas funções administrativas. Decorreu daí a retirada do Estado de vários setores da economia por meio de liquidação de empresas e da privatização, tendo sido resguardadas apenas as que ainda justificam as suas presenças diante dos papéis atribuídos ao Estado.

Não há dúvidas de que as empresas estatais remanescentes ainda exercem importante papel no desenvolvimento econômico nacional. A sua preservação e aperfeiçoamento, assim como o completo atendimento aos fins justificativos das suas existências, depende em muito da preservação das condições jurídicas a que estão submetidas, especialmente da autonomia gerencial, haja vista encontrarem-se no exercício de atividades de alta complexidade, como é o caso dos bancos públicos, em setores altamente competitivos, onde amarras de natureza burocrática que cerceiem a sua atuação podem resultar em sérios prejuízos.

As dificuldades encontradas pelos operadores do direito para compreender (e aplicar) a correta regência jurídico-legal concedida pelo le-

gislador constituinte às empresas estatais, é certamente o maior entrave ao seu adequado funcionamento. Assim, este artigo pretende ser uma contribuição ao aprofundamento da compreensão dos fenômenos que envolvem as empresas estatais para todos aqueles que exercem alguma influência ou interferência na vida desses entes estatais.

Longe se vai aqui da pretensão de esgotar as questões controvertidas neste campo. Este trabalho pode servir apenas de guia e instigador de debates, quem sabe, de estímulo ao aprofundamento da pesquisa. Assim, está estruturado com vistas a estabelecer uma compreensão ampla das normas que regem as empresas estatais na órbita constitucional, que induza a uma percepção segura e objetiva da aplicabilidade da legislação ordinária.

Partindo de uma revisão da relevância, da dinâmica e da aplicabilidade dos princípios constitucionais, tenta-se estabelecer uma diretiva sistêmica para análise dos dispositivos constitucionais enfocados e da repercussão desta na interpretação e aplicação da lei às situações jurídicas que envolvem estatais.

O trabalho carrega uma pretensão final, que é a de servir de alento aos gestores de empresas estatais (que estão sempre às voltas com as dificuldades geradas por situações de controle externo que freqüentemente excedem os limites de suas competências e geram embaraço ao regular desenvolvimento das atividades, com fortes ônus estruturais e financeiros para as instituições), na medida em que oferece esperança de que o futuro propicie uma aplicação da lei mais consentânea com os princípios constitucionais, especialmente por parte do Judiciário e das Cortes de Contas.

## **2 Princípios constitucionais: funções**

A mais abalizada doutrina, seja a do campo constitucional, seja a do campo do direito administrativo, eleva os princípios que norteiam o sistema jurídico-ideológico à suprema posição de balizadores da edição legislativa e da interpretação das normas que o integram. A integração, harmonização, e, eventualmente, a hierarquização (quando necessária à hierarquização valorativa) desses princípios, são as ferramentas necessárias à realização do direito e ao perfeito atendimento da ordem legal vigente.

Não é suficiente ao operador do direito conhecer os princípios. É essencial que saiba para o que eles servem, é necessário que compreenda as funções que desempenham, de modo a aplicá-los de forma adequada. Nos sistemas normativos, os princípios possuem um papel distinto do das regras. Princípios são normas generalíssimas dentro do sistema, enquanto as regras descrevem fatos hipotéticos, com função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nos limites estreitos por elas estabelecidos.

A doutrina identifica algumas funções básicas dos princípios, entre elas: a fundamentadora; a orientadora da interpretação; e a de fonte subsidiária, porém, essas funções essenciais não esgotam os papéis por eles desempenhados no universo das normas jurídicas. José de Albuquerque Rocha amplia essa enumeração, indicando outras funções carreadas pelos princípios:

*Qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrariar aos valores contidos no princípio e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irredutivelmente incompatíveis.<sup>1</sup>*

Desta afirmação pode-se inferir que os princípios são dotados de eficácia positiva e negativa. Positiva: quando sua interpretação implica na identificação de soluções compatíveis com as finalidades eleitas e buscadas pelo conjunto de princípios albergados num dado sistema. Negativa: quando se identifica soluções ou regras que se contraponham a princípios, e aponta-se sua invalidade por contraste normativo.

Considerando a função fundamentadora, deve-se ter em conta que os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Assim, quando o legislador atua no sentido de regulamentar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Dessa forma, os princípios são as idéias estruturais que servem de fundamento ao ordenamento jurídico.

Tem-se, então, que os princípios são o ponto de partida das escolhas políticas fundamentais assumidas pelo constituinte e expressam os valores superiores que guiam a criação ou reorganização de um dado Estado, estabelecendo as bases e delineando as instituições. Elevam-se assim os princípios ao ponto mais alto da hierarquia normativa, haja vista serem a fonte original das normas, especialmente as constitucionais, que representam o ponto de convergência de valores numa dada sociedade. Em razão disso, qualquer norma que colida com os fundamentos de derivação normativa eleitos e estabelecidos pelo constituinte nos princípios constitucionais (em tradução do consenso social), não poderá ter reconhecida sua validade, em face de contraste normativo com normas de máxima hierarquia.

A função orientadora da interpretação decorre da função fundamentadora. Ora, as leis são originariamente válidas se mantiverem lastro nos princípios, então, a sua interpretação deve ser orientada

no sentido de produzir soluções por eles guiadas e com eles harmonizadas. A doutrina e a jurisprudência mais atualizadas assumiram que a lei (regra), como norma genérica e abstrata, pode, na casuística, levar à injustiça flagrante. Busca-se, então, com amparo nos princípios, formular soluções para os casos concretos que se mostrem adequadas e equilibradas, mesmo que em dissonância com texto de lei.

A mentalidade que dominou a doutrina e a aplicação do direito até período bastante próximo, fundada em visão positivista, atribuía aos princípios a qualidade de mera fonte subsidiária do direito. Os princípios deveriam servir exclusivamente como elemento integrador ou forma de superação ou preenchimento de lacunas do ordenamento jurídico, na hipótese de ausência da lei aplicável à espécie. Tal visão encontra-se ultrapassada. O atual estágio da ciência jurídica, ao conferir normatividade aos princípios, afasta essa função supletiva, passando a orientar aplicação adequada das normas estruturais e fundantes que são os princípios.

Em face do até aqui estudado, percebe-se ser fundamental compreender o conteúdo relacionado aos princípios que embasam e norteiam o sistema jurídico, para interpretar a norma constitucional na integralidade de seus valores basilares, focalizando e dando tratamento adequado às novas situações que se apresentem.

Para finalizar este tópico, é importante salientar que os princípios - enquanto fundamentos norteadores de conduta da sociedade - vinculam toda a produção legislativa, bem como as condutas dos gestores públicos (de todos os níveis dos Poderes Públicos na administração direta e na indireta), de todas as instituições públicas e privadas e de todas as pessoas físicas e jurídicas.

### **3 Princípios constitucionais: solução de conflitos entre regras e de colisões entre princípios**

É essencial ao equacionamento das tensões manifestadas no âmbito interno de qualquer sistema jurídico-normativo, distinguir regras de princípios jurídicos. Nessas superestruturas normativas, integradas por regras e princípios sujeitos a um nível crescente de exigências de atualização que as capacite a acompanhar o ritmo de amadurecimento das inter-relações numa sociedade cada vez mais veloz e complexa, é constante o enfrentamento de colidências entre as espécies normativas, o que impõe o estabelecimento de meios voltados à solução desses aparentes desacordos com preservação da unidade e coerência do ordenamento jurídico.

A esse respeito, Norberto Bobbio, em obra clássica, afirma:

*As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si, destacando também que*

*a palavra direito entre seus vários sentidos encerra também o de ordenamento jurídico, ou seja, o direito não é norma, mas um conjunto ordenado de normas, sendo evidente que uma norma jurídica nunca se encontra só, mas está ligada a outras normas com as quais formam um sistema normativo.<sup>2</sup>*

Para que uma situação fática possa ser compreendida em seus alcances jurídicos é necessário um esforço intelectual do interprete no sentido de localizar no sistema a norma que incide sobre ela de maneira mais adequada. Essa operação de considerar um fato concreto como situação de incidência de determinada norma, é tecnicamente chamada de subsunção.

Na prática é possível confrontar-se o intérprete com situações em que se apresentam aparentes contradições e colisões entre normas, tornando-se necessário tomar em consideração a integralidade do sistema, de modo a encontrar a solução que reflita com mais adequação os princípios e regras desse sistema atuando em conjunto e coerentemente.

A interpretação sistemática, necessária à busca de subsunção da situação fática posta sob exame, em razão da posição hierárquica e fundante dos princípios constitucionais, deve ter no texto da Constituição seu ponto de partida e o de sua finalização com vistas a aferir a sua conformação aos valores maiores da sociedade em que está inserida.

Como meio de municiar os operadores do direito para a tarefa de promover a interpretação sistêmica com foco na Constituição, a doutrina orienta no sentido da aplicação de alguns princípios de interpretação constitucional. O professor Anderson Sant'Ana Pedra, invocando o magistério de Canotilho, Juarez Freitas, Alexandre Moraes, Oscar Vilhena Vieira e Jorge Miranda, sintetiza assim o conteúdo dessas diretrizes interpretativas:

*O princípio do efeito integrador significa precisamente que na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve se dar primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.*

*Pelo princípio da máxima efetividade ou princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva pode-se considerar que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. Trata-se de um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais.*

*Segundo o princípio da força normativa da Constituição na solução dos problemas jurídico-consti-*

*tucionais deve se dar prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma ótima eficácia da lei fundamental.*

*Pelo princípio da interpretação das leis conforme a Constituição entenda-se que no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.*

*Acresce-se ainda a esses princípios algumas regras propostas por Jorge Miranda, principalmente a que 'deve ser fixada a premissa de que todas as normas constitucionais desempenham uma função útil no ordenamento, sendo vedada a interpretação que lhe suprima ou diminua a finalidade'.*

*Alfim, deve se ter em mente que o intérprete constitucional deve sempre buscar a resposta moralmente mais correta para preencher o conteúdo aberto das normas constitucionais ou para solucionar um conflito entre princípios que decorre da percepção de que as Constituições não podem ter sua legitimidade limitada à sua positividade legal, a uma questão de fato. As Constituições, se pretendem ser válidas, devem ser intrinsecamente boas, funcionando como reservas de justiça para os sistemas políticos e jurídicos que organizam.<sup>3</sup>*

A aplicação dessas diretivas permite inferir algumas regras básicas para a solução de antinomias. Ante a ocorrência de dissensão entre regras e princípios, a questão pode ser equacionada de maneira simples, utilizando-se a precedência hierárquica dos princípios constitucionais sobre as regras.

A validade define o âmbito de solução do conflito entre regras. Se o enquadramento de determinada situação à legislação implica na possibilidade de se obter resultados divergentes entre as regras aplicáveis, não havendo meio de conciliá-los pela utilização de critérios tradicionais (v.g: hierarquia de normas, critério cronológico, especialização ou especificidade etc.), é, então, necessário à preservação do sistema, expurgar ao menos uma delas, declarando-a inválida.

Já a colisão entre princípios constitucionais tem no valor e não na validade o seu âmbito de equacionamento. Os princípios, por seu valor primordial constitucionalmente definido, não podem ser expurgados do sistema. Em havendo conflito de aplicação entre mais de um deles, pro-

move-se simplesmente o recuo de sua aplicação por reconhecimento de precedência a um outro princípio de maior relevância ao caso concreto.

Não se pode olvidar da presença de mandamentos que contam com um status de precedência relativamente fortes, capazes de preferir a outros princípios na maior parte dos casos de conflito de aplicação, como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e da proteção da ordem democrática, entre outros. Porém, a ocorrência de precedência total e absoluta em quaisquer situações de entrelaque, não é compatível com a regência dos princípios jurídicos.

#### 4 Princípios constitucionais da administração pública

Segundo o magistério de Maria Sylvania di Pietro,

*O Direito Administrativo nasceu e se desenvolveu baseado em duas idéias opostas: de um lado a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a de necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei; é a aplicação, ao direito público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.<sup>4</sup>*

Estes dois pilares do Direito Público, o princípio da legalidade e o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, são essenciais ao Direito Administrativo. Destes sustentáculos é que derivam todos os demais princípios norteadores da administração pública.

A Constituição da República, em seu artigo 37, explicitou alguns dos princípios a que deve se submeter a Administração Pública, dando especial destaque no *caput* do dispositivo aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da



eficiência. Essas disposições, entretanto, não esgotam o balizamento dado à Administração pelas normas constitucionais, haja vista encontrarem-se igualmente insculpidos na Constituição outros princípios norteadores da atuação e das abstenções a que devem se submeter os entes estatais, seus dirigentes e servidores.

Antes de proceder a uma breve abordagem acerca dos princípios norteadores da atuação da Administração Pública que guardam maior pertinência com a temática deste trabalho, é importante referir alguns outros princípios constitucionais que devem direcionar o esforço nacional e a atuação de todos os meios colocados ao alcance da Administração Pública.

Entre estes podemos destacar: o zelo pelos fundamentos e pelos objetivos da República, quais sejam: o Estado Democrático de Direito e a soberania popular exercida por representantes eleitos ou diretamente; a soberania nacional; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político; a harmonia e independência entre os Poderes; a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a viabilização do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção, sem preconceitos, do bem de todos (artigos. 1º a 4º).

Cabe ainda dar destaque ao dever de assegurar aos cidadãos o livre exercício dos direitos e garantias fundamentais, e propiciar meios de acesso aos chamados direitos sociais básicos: educação; saúde; trabalho; moradia; lazer; segurança; previdência social; proteção à maternidade; proteção à infância; e assistência social nas situações de desamparo (artigos 5º e 6º), e às abstenções impostas à atuação dos entes federativos, como por exemplo, a não intervenção (respeito às autonomias dos demais entes federativos - artigos 34 e 35), e as limitações ao poder de tributar (artigos 150 a 152).

A Constituição estabeleceu metas e limites, definindo contornos da ordem social e jurídica a serem respeitados por todos aqueles que se encontram a ela subordinados. Analisemos, então, em espécie, os mais destacados princípios informadores da atuação da Administração Pública, explícitos e implícitos na Constituição da República, que além de fixarem os parâmetros mínimos e básicos da gestão pública, permitem melhor compreender os contornos (alcances e limitações) dados à administração indireta, em especial às empresas estatais pela "regência régia", viabilizando a análise de adequação sistêmica de normas infraconstitucionais e de decisões proferidas em sede judicial e nas cortes de contas.

A doutrina é convergente acerca da enumeração desses princípios, eventualmente divergindo nos alcances e peculiaridades de um ou outro. O princípio da legalidade informa o Estado de Direito (oposto ao Estado de Polícia ou Estado de Guerra onde o poder está legitimado por

delegação divina ou pela força, e só o súdito deve obediência à lei), afastando a arbitrariedade. No Estado de Direito todos estão submetidos ao império da Lei. O sentido fundamental de limitação ao Poder Público é o de que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

O princípio aplicável no âmbito do direito privado é o da autonomia da vontade. Porém, esta autonomia não pode ser exercitada de forma absoluta. A necessidade de o Estado promover equilíbrio e harmonia nas relações sociais produz eventuais restrições dessa autonomia. Fenômeno cada vez mais freqüente no ordenamento jurídico é a estipulação de restrições à autonomia privada, permitindo a intervenção de organismos estatais nas relações livremente pactuadas com vistas a impor-lhes o cumprimento da função social com fundamento na própria Constituição. Tem-se, então, uma verdadeira publicização do direito privado, a exemplo de algumas regras introduzidas pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo novo Código Civil.

Para desempenhar as suas atribuições, a Administração dispõe de poderes e posição de supremacia em relação aos particulares. Esses poderes são, em princípio, vinculados, isto é, a lei não deixa opções ao Administrador, que, diante de determinado fato, deve agir de um modo prefigurado. No entanto, como a lei não pode prever todas as situações que a dinâmica social é capaz de gerar, há concessão de certa margem de liberdade ao Administrador, chamada discricionariedade. Assim, ao Administrador é dada a capacidade de promover a aplicação da lei valendo-se de critérios de conveniência e oportunidade com liberdade de eleger, entre as alternativas possíveis, a que melhor atenda aos interesses em causa. Porém, a escolha deve estar afinada com a finalidade pública, sob pena de ser invalidada.

Em decorrência desse princípio - que, além de referido no artigo 37, está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição - a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, dependendo de lei para tanto.<sup>5</sup> O respeito ao atendimento do princípio da legalidade é salvaguardado por várias disposições constitucionais, a exemplo da inafastabilidade de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ao ameaça de lesão a direito (artigo 5º, XXXV), da ampla legitimação conferida ao uso de remédios constitucionais como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança, além dos mecanismos de controle interno e externo estabelecidos.

O princípio da supremacia do interesse público (ou princípio da finalidade pública) informa a substituição do primado do individualismo pela noção de que os interesses públicos e os coletivos preferem aos particulares e individuais. A conquista civilizatória de atribuir maior expressão aos interesses coletivos e difusos, com identificação de atividades com espectro de alta relevância pública (independentemente de os meios, bens, interesses e direitos encontrarem-se na esfera patrimonial

pública ou privada), agregou novos elementos reforçadores da supremacia do interesse público, em contraste à orientação político-jurídica anterior, quando era mais acentuada a dicotomia entre o público e o privado, e se reforçava o individualismo nas relações sociais.

Pela relevância atribuída ao interesse público, nada autoriza o Administrador a renunciá-los. Trata-se de indisponibilidade absoluta. Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro,

*Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão.<sup>6</sup>*

O princípio da especialidade diz respeito à submissão dos exercentes de cargos diretivos das autarquias, agências públicas, ou outras pessoas jurídicas instituídas na administração indireta, aos objetivos institucionais estabelecidos no instrumento legal de sua concepção. Na lei que as cria são fixadas as finalidades que lhes incumbe atender. Este princípio decorre dos princípios da legalidade e do da indisponibilidade do interesse público, o que implica em não serem válidos os atos de dirigentes desses entes que se afastam das suas finalidades, visto que isso implicaria em disposição do interesse público definido no ato de sua criação.

O princípio do controle ou tutela define o dever da Administração Pública direta de fiscalizar a atuação dos entes da administração indireta a ela vinculados para assegurar que sejam respeitadas as finalidades que justificaram a sua criação (interesse público). Segundo Di Pietro,

*Colocam-se em confronto, de um lado, a independência da entidade que goza de parcela de autonomia administrativa e financeira, já que dispõe de fins próprios, definidos em lei, e patrimônio também próprio destinado a atingir aqueles fins; e, de outro lado, a necessidade de controle para que a pessoa política (União, Estado ou município) que instituiu a entidade da Administração Indireta se assegure de que ela está agindo de conformidade com os fins que justificaram a sua criação. A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei.<sup>7</sup>*

O princípio da autotutela, decorrente do princípio da legalidade, diz respeito ao dever de a Administração avaliar os seus próprios atos (espontaneamente ou por provocação de terceiros, independentemente

de ordem judicial) e promover a anulação dos atos considerados ilegais e revogar aqueles que não se justifiquem frente aos critérios de conveniência e oportunidade.

O princípio da moralidade administrativa surgiu ligado à idéia de desvio de poder. A imoralidade que se pretende prevenir e combater é a que se oculta na intenção do agente público. Diz respeito à atuação distorcida em que há aparência de licitude na conduta (uso de meios lícitos), que, no entanto, provoca o atingimento de resultados irregulares. Ante o desconforto causado por condutas deste jaez, a doutrina sugeriu a proclamação da ilegalidade dos atos praticados com desvio de poder, tornando possível o controle judicial da moralidade administrativa, o que ainda gera alguma discussão, mas não impede a adoção autônoma do princípio.

O princípio da razoabilidade, segundo Lúcia Valle Figueiredo, diz respeito à

*competência-dever do administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, portanto, dentro de um critério de razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma.*<sup>8</sup>

A aplicação do princípio da razoabilidade é fundamental à análise dos atos discricionários e para nortear o controle jurisdicional dos atos administrativos, tornando possível aferir a ilegalidade de um ato sempre que o administrador se afastar da razoabilidade produzindo resultados sem justificativa na lógica ou no bom senso.

O princípio da proporcionalidade, que muitos autores equiparam à razoabilidade, diz respeito à proporcionalidade entre meios e fins. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "essa proporcionalidade deve ser medida não por critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns da sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto".<sup>9</sup>

O princípio da motivação está relacionado à necessidade do administrador justificar as suas condutas indicando os aspectos fáticos (contexto) e os aspectos jurídicos (norma), tornando possível um melhor controle da juridicidade de sua atuação. Por óbvio, todo ato administrativo deve ser motivado, sendo necessário maior detalhamento na fundamentação dos atos discricionários do que nos vinculados.

O princípio da eficiência refere-se ao modo de atuação do agente e também ao modo de organização, no sentido de obter o melhor resultado. A propósito da aparente oposição existente entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade ensina Jesus Leguina Villa:

*Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição o situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto, a eficácia que a Constituição exige da Administração não deve ser confundida com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, quando haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.<sup>10</sup>*

Não há que se falar, então, em oposição ou contradição entre os mencionados princípios. Na busca de harmonização entre eles, a eficiência na Administração Pública deve ser a que for possível diante dos meios e recursos disponíveis e das limitações impostas por lei (como por exemplo, licitação e concurso público para a contratação de mão de obra). Eficiência dentro da lei, posto que a legalidade é inerente ao Estado de Direito.

## **5 Os princípios constitucionais da atividade econômica e a presença do estado na economia**

O Capítulo I do Título VII da Constituição da República estabelece os princípios gerais da atividade econômica. O artigo 170, que abre o referido capítulo, assim balisa a ordem econômica vigente no país:

*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:*

*I - soberania nacional;*

*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.*

Já os artigos 173 a 175, definem limitações à exploração e as funções interventivas do Estado na atividade econômica, nos seguintes termos:

*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 - a 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 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.*

*§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.*

*§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.*

*§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I- o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter o serviço adequado.

A análise das disposições constitucionais acima reproduzidas descortina um sistema de sociedade aberta e de economia de mercado. Em razão dos balizamentos, e, em especial, em razão das limitações impostas à atuação do Estado pela Constituição, a participação estatal na exploração direta de atividade econômica só é possível em caráter extraordinário e justificado por razões de interesse estratégico ou social, sendo-lhe vedado estabelecer concorrência com o setor privado fora dessas hipóteses.

Decorre também das disposições relativas à ordem econômica, o papel, destinado ao Estado, de atuar no setor produtivo do domínio econômico de forma complementar (subsidiária) à iniciativa privada, suprimindo lacunas para promover o equilíbrio geral do sistema, quando a iniciativa privada se mostrar incapaz de fazê-lo.

Nada obstante, ao Estado são asseguradas outras formas de intervenção normativa e regulatória no domínio econômico dirigidas a assegurar o cumprimento das funções sociais pelos demais agentes econômicos. A intervenção do Estado no domínio econômico, como se sabe, pode assumir três modalidades fundamentais: no cumprimento de sua função normativa; na promoção do fomento de deter-

minadas atividades; ou atuando de forma direta na exploração de atividade econômica.

Para os fins específicos do presente estudo interessa-nos exclusivamente promover uma compreensão mais alargada desta última modalidade.

### **5.1 Intervenção do estado no domínio econômico por atuação direta na exploração de atividade empresarial**

Ao longo do tempo, a evolução cultural e econômica produziu variadas formas de organização social. Do absolutismo ao Estado de Direito, muito se aperfeiçoaram os métodos de gestão estatal, como também se tornaram mais complexos e de maior extensão os papéis atribuídos às estruturas e aos responsáveis pela condução dos interesses do Estado.

Do Estado absolutista medieval, passando pelo Estado liberal inspirado nos cânones da Revolução Francesa, ao Estado-providência (do bem-estar social), e ao Estado neoliberal, as finalidades do Estado se ampliaram desde a única atribuição de zelar pela ordem pública (com reduzidíssima intromissão do Estado nos assuntos dos particulares), até os modelos atuais que apresentam variações apenas no grau de intervenção que os Estados exercem sobre a atividade privada, especialmente na órbita econômica, seja de forma mais direta (no papel de prover atividades antes deixadas exclusivamente aos particulares), seja no papel de disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada.

Para responder às atribuições que passaram a ser-lhe exigidas, o Estado necessitou estruturar-se da maneira mais racional possível, valendo-se dos métodos de administração adequados ao atendimento de funções relacionadas aos mais diversos interesses e atividades da vida social.

Para tanto, além da utilização dos métodos de gestão aperfeiçoados no espaço tipicamente público, os Estados buscaram, nas práticas organizacionais do setor privado, instrumentos de maior eficácia e mais adequados ao exercício de atividades de cunho empresarial. A utilização dessas técnicas, mitigadas por meios de controle não usuais na esfera exclusivamente privada, possibilitou ao Estado contemporâneo dar atendimento a interesses públicos, principalmente nos campos econômico e financeiro, com maior flexibilidade e menores empecos burocráticos. Por meio da atribuição de personalidade de direito privado a alguns dos entes estatais, constituíram-se empresas pertencentes ao Estado (eventualmente de capital aberto, predominantemente pertencente ao Estado).

A nossa ordem constitucional, em aperfeiçoamento de experiências anteriormente adotadas em outros países e também internamente, permite ao Estado utilizar-se de empresas públicas para atingimento de seus fins, impondo a esses entes atuar em consonância com os princípios



norteadores da atividade econômica, estabelecendo, porém, algumas derrogações à sua regência privada em prol da aplicação de princípios e regras de direito público.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta e adverte a esse respeito que

*O traço nuclear das empresas estatais reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. São instrumentos de ação do Estado, verdadeiros auxiliares do Poder Público. Tal realidade jurídica representa o mais certo norte para a interpretação dos princípios jurídicos que lhe são aplicáveis, sob pena de converter-se o acidental - suas personalidades de direito privado - em essencial, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em acidental.<sup>11</sup>*

## **5.2 Exploração direta de atividade econômica pelo estado por meio das empresas estatais**

A atuação direta do Estado na exploração de atividade industrial, comercial ou de prestação de serviços dá-se por meio de empresas públicas ou empresas de economia mista. Já na prestação de serviço público, a atividade é executada por ente descentralizado ou por particular a quem se outorga a concessão ou permissão.

Em nosso atual estágio histórico-político encontramos-nos em um sistema de sociedade aberta e de economia de mercado que se contrapõe fortemente ao modelo estatizante anteriormente adotado, sendo natural que na transição fosse estabelecida, como de fato o fez originalmente a Constituição de 1988 (e posteriormente com importante revisão promovida pela EC 19), uma forte restrição à atuação empresarial do Estado, promovendo-se paulatinamente a adequação da máquina estatal à nova dinâmica da economia.

Deixa-se, assim, o campo da atividade econômica prioritariamente à iniciativa privada, num regime de livre concorrência, ficando fundamentalmente ao Poder Público a prestação de serviços públicos e, excepcionalmente, uma atuação mais direta e incisiva quando razões de alta relevância pública assim justificarem.

## **6 O regime jurídico das empresas estatais**

Na ótica de abordagem aqui adotada a expressão "empresas estatais" refere-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de

bens ou de prestação de serviços sob regime jurídico predominantemente idêntico ao das empresas privadas (salvo na regência de aspectos de sua vida societária em que a Constituição da República derroga as regras de direito privado para substituí-las por outras de direito público).

Importante salientar que a exploração de atividade econômica, regulada em seus fundamentos no artigo 173 da Constituição, não se confunde com a prestação de serviços públicos (artigo 175), haja vista, em especial, as normas constitucionais que lhes conferem papéis e regramentos distintos, com profunda repercussão no ordenamento infraconstitucional, e, conseqüentemente, nas restrições à sua atuação.

Ao comentar essa diferenciação, Maria Sylvania Di Pietro destaca:

*Diante desses dois dispositivos constitucionais, pode-se concluir que, quanto ao tipo de atividade e ao regime jurídico, existem duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro:*

*1. as que desempenham atividade econômica com base no artigo 173 e que se submetem ao regime próprio das empresas privadas; como é a Constituição que estabelece essa regra geral de submissão ao direito privado, qualquer derrogação a essa regra tem que ter fundamento na própria Constituição; não se aplicam a essas empresas as leis ordinárias que derogam o direito comum;*

*2. as que desempenham serviços públicos e que se submetem ao artigo 175; embora atuem sob regime de direito privado, as derrogações a esse princípio constam não apenas da própria Constituição, como também de leis ordinárias; aqui as derrogações podem ser maiores, porque não encontram a barreira da norma constitucional que determinou a adoção desse regime.<sup>12</sup>*

Salvo as excepcionais aplicações de normas de direito público a algumas das práticas por elas adotadas, as empresas públicas, especialmente em sua atuação voltada às atividades econômicas típicas dos ramos em que estão inseridas (atividades-fim justificativas das suas instituições), são regidas pelo mesmo regime jurídico a que estão submetidas as empresas privadas.

Relativamente à aplicação de princípios e regras de direito público às empresas estatais, a sua incidência dá-se, em especial, no regramento de práticas relacionadas às chamadas atividades-meio (isto é, atos e atividades que não guardam relação direta com os fins societários), alcançando aspectos relacionados à sua instituição, organização, funcionamento, relacionamento com o ente instituidor, e à atuação em tarefas

delegadas do Poder Público com utilização de recursos públicos. Na regência dessas situações, compreendidas as empresas estatais como integrantes da Administração Pública (mantendo a finalidade de atender a interesses do Estado), os princípios e regras de direito privado são insuficientes e inadequados.

A Constituição Federal, fundamentalmente no artigo 37, fixa expressamente as derrogações à regência de direito privado das empresas estatais, promovidas em prol da aplicação de normas de direito público. Iniciando pelo 'caput' do artigo 37 em que reforça o papel de instrumentos de ação do Estado desses entes, para obrigá-los a respeitar os princípios basilares da Administração Pública, segue definindo derrogações do direito privado: nas regras de seleção e contratação de empregados, determinando o provimento por concurso público; nas regras de acumulação de cargos, proibindo-a, com poucas exceções, em relação a cargos na administração pública; nas regras relativas à liberdade de estabelecimento de subsidiárias ou participação no capital de empresas privadas, condicionando essas possibilidades à autorização legislativa específica; nas regras de contratação de compras, obras e serviços, impondo o regime licitatório público; nas regras relativas à publicidade, limitando as finalidades de seu uso; nas regras relativas à remuneração de pessoas, estabelecendo limites e parâmetros equiparados aos aplicáveis à administração direta (exclusivamente para as empresas estatais dependentes, isto é, as que recebem recursos dos entes instituidores para pagamento de despesas com pessoal ou de custeio geral).

As derrogações de regime promovidas na Constituição, igualando, em alguns aspectos, as práticas das empresas estatais às impostas aos entes públicos em geral, apresentam visíveis reflexos na aplicação da legislação infraconstitucional, como é o caso, por exemplo, da adoção do concurso público como forma de admissão de empregados (em contraponto à livre contratação praticada na iniciativa privada), derrogação essa que se justifica em face dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, que também norteiam as práticas empresariais do Estado (Constituição da República, artigo 37 "caput" c/c inciso II).

## **6.1 A instituição de empresas estatais e a natureza jurídica do patrimônio formado**

Em decorrência de derrogação expressa do regime jurídico privado relativamente às empresas estatais, a instituição de entes estatais com essa natureza somente pode ser realizada mediante autorização legislativa em lei específica. Tal estipulação está fixada no inciso XIX do artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse particular o instituidor não está autorizado a atuar com a liberdade conferida ao particular, que por mero ato de vontade pode

destinar patrimônio à constituição de empresa. Por tratar-se de situação em que está em jogo, além da atuação estatal em atividade em que está permitida apenas justificada e excepcionalmente, a destinação de bens e dinheiros públicos, o constituinte estabeleceu mecanismo de controle externo da atuação governamental, impondo a via legislativa autorizativa como condição de validade e eficácia dos atos de instituição e destinação de patrimônio.

Tal mecanismo de controle estende-se, inclusive, à criação de subsidiárias dessas empresas, bem como para a participação delas em empresa privada (artigo 37, XX). Assim, o Chefe do Poder Executivo, entendendo necessitar de um novo instrumento de ação em forma de empresa estatal, deve encaminhar à apreciação do órgão legislativo competente a proposta de autorização para a sua instituição.

Autorizada a instituição e fixadas as atividades específicas que deverá desenvolver (nos setores de produção, comercialização ou prestação de serviços em que atua a iniciativa privada) a nova empresa estatal, pelo legislativo, sua efetivação dar-se-á por meio de instrumento administrativo infralegal, o decreto, expedido pelo chefe da pessoa política competente. Porém, a efetivação da instituição, em razão da personalidade de direito privado, somente se dará com o registro de seus atos constitutivos no órgão competente. Só então adquire personalidade jurídica e passa a existir a empresa (sociedade empresária).

Empresa, no sentido utilizado pelo Código Civil ao conceituar o empresário (artigo 966), "é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços". Para que seja possível o exercício da atividade econômica pela sociedade empresária, faz-se necessária a presença de um complexo de bens (corpóreos e incorpóreos), denominado estabelecimento. Esses bens, uma vez integrados ao patrimônio da empresa, desvinculam-se do patrimônio do instituidor, formando uma universalidade de fato sujeita a toda a sorte de negócios jurídicos, especialmente à garantia dos credores.

Em respeito às imposições constitucionais, para que não estabeleçam concorrência desigual às empresas privadas, as empresas estatais aqui tratadas não gozam de nenhum privilégio especial em relação às obrigações tributárias e as conseqüências patrimoniais de seus atos e negócios, exceto no que diz respeito à falência (Artigo 2º, incisos I e II da Lei nº. 11.101/2005).

Cabe aqui um parêntesis para esclarecer que a exceção relativa à falência não constitui afronta à paridade entre as empresas privadas e as empresas estatais que exploram atividade econômica, imposta como princípio constitucional. Isto porque, sopesados os valores em causa à luz das diretivas de interpretação constitucional acima estudadas, têm-se, de um lado os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade, representados pelas razões de instituição da empresa pública e pelo modo utilizado para instituição da sociedade empresária (lei),

de outro, o princípio da livre concorrência que tem como decorrência a referida paridade.

Admitir-se a falência em benefício do atendimento de interesses dos credores representaria duplo ferimento de valores maiores do sistema: a uma, dar-se-ia, com a extinção, ofensa às razões que levaram à criação da sociedade, em afronta à supremacia do interesse público; a duas, pela decretação da falência por membro do Poder Judiciário (quando a competência cabe exclusivamente ao legislativo - autorizar expressamente - e ao Executivo - extinguir - em razão do princípio do paralelismo de forma, em que o ato de extinção deve equivaler-se em nível de poder ao do ato de instituição), equivaleria a autorizar-se o Judiciário a desfazer ato do Legislativo e do Executivo, ferindo o princípio da separação de poderes e o da legalidade.

Resulta, assim, solução mais harmônica, consentânea com os princípios interpretativos do efeito integrador, da máxima efetividade, e da interpretação das leis conforme a Constituição, bem como da regra de solução de antinomia entre princípios, valorando-os e promovendo-se o recuo daquele de menor relevância no caso concreto.

Retomando a questão da regência patrimonial das empresas estatais, cabe registrar que o Supremo Tribunal Federal tem reiterado, a exemplo das posições exaradas nos acórdãos proferidos no MS 23.875/DF e no MS 23.627-2/DF, que a participação integral ou majoritária do Estado em entidades de direito privado, como as empresas públicas e as sociedades de economia mista, não transmuda seus bens em públicos, esses bens e direitos, embora pertençam de forma indireta à administração pública, não são propriamente públicos. São geridos considerando-se a atividade-fim, tipicamente privada.

É importante salientar que, mesmo tendo o STF fixado recentemente nova posição relativamente ao tema dos poderes de fiscalização do TCU<sup>13</sup>, esse novo posicionamento não alcançou a definição sobre a natureza dos bens em si, senão o tratamento conferido a eles, qual seja, o de coisa pública (em razão da origem pública dos recursos e do interesse público justificador do aporte estatal), o que, então, autorizaria um maior alcance de fiscalização do TCU nas estatais que exploram atividade econômica, por meio de concessão de maior amplitude ao comando do inciso II do Artigo 71 da Constituição Federal.

Como consequência dessa situação patrimonial atribui-se ao instituidor o papel equivalente ao de sócio da empresa, o que lhe confere poderes de controle externo (finalístico e de resultados, exercitados por meio da supervisão de órgão da administração direta, e pela nomeação de prepostos seus para os cargos de alta gestão) e os dividendos decorrentes dos resultados da atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária.

Por gozarem de autonomia financeira e de gestão patrimonial, e não onerarem os correspondentes cofres públicos, as empresas estatais

submetidas à regência do artigo 173 da Constituição, *a priori*, não estão sujeitas ao controle de gastos imposto pela Lei de Responsabilidade Fiscal<sup>14</sup>, exceto no que se refere ao orçamento de investimentos (que, no caso das empresas federais, integra o Orçamento da União, por força do disposto no inciso II do § 5º do artigo 165 da Constituição), à prestação de informações em balanço e aos gastos com custeio em geral e despesas de pessoal (quando forem dependentes dos cofres públicos para este fim).

As empresas estatais não gozam da mesma autonomia que as empresas privadas no que pertine à contratação de obras, serviços, compras e alienações de bens. Sujeitam-se, por expressa derrogação do regime de direito privado promovida pelo inciso III, do § 1º do artigo 173 da Constituição, ao procedimento licitatório. Muito embora a Constituição sinalize a possibilidade de flexibilização do regime comum de licitações imposto aos demais entes da Administração para as empresas estatais, o legislador ordinário ainda não editou a norma específica prevista no § 1º do artigo 173.

Nada obstante, o Tribunal de Contas da União tem levado em conta as peculiaridades das empresas estatais, mitigando o rigor de aplicação da Lei nº. 8.666/93 para as contratações diretamente relacionadas às atividades-fim das instituições. Serve para bem ilustrar essa postura, o excerto de acórdão do TCU abaixo transcrito:

*Neste contexto, não há dúvida de que o financiamento rural disponibilizado pelo Banco do Brasil representa uma operação bancária típica e que a contratação do seguro que lhe é afeta caracteriza-se como uma operação bancária acessória, operações estas diretamente vinculadas à atividade-fim. (...)*

*Assim, entendo que exigir do Banco do Brasil - nas condições postas de estar atuando em um mercado concorrencial, sob o jugo do princípio da eficiência - a realização de licitação para contratar seguro de penhor rural nas operações de financiamento rural iria de encontro às próprias deliberações desta Corte em que foram excepcionadas da incidência da Lei nº 8.666/93 aquelas operações incluídas nas atividades finalísticas das empresas. Nos termos já decididos, até que seja editada a norma legal de que trata o artigo 173 da Constituição Federal, as estatais deverão observar os ditames da Lei nº. 8.666/93 e de seu próprio Regulamento, podendo utilizar da situação de inexigibilidade quando da contratação de serviços que constituam sua atividade-fim.<sup>15</sup>*

## 6.2 O regime trabalhista privado aplicado à gestão de pessoas nas empresas estatais

A gestão de pessoas nas empresas estatais do artigo 173 da Constituição é predominantemente regida pelo regime próprio das empresas privadas, qual seja, aquele previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), salvo os afastamentos do regime da CLT promovidos por expressa derrogação constitucional.

Por tratar-se de situação jurídica a que se atribui o caráter de princípio constitucional, na aplicação do regime jurídico privado a essas relações em sede de interpretação sistemática da Constituição e das normas infraconstitucionais, afasta-se, eventualmente, a aplicação de outros princípios buscando-se o efeito integrador que favoreça a conciliação política, e a máxima efetividade da orientação contida no direcionamento dado pelo constituinte.

Em face disso, torna-se inviável a imposição de restrições às empresas e estatais e aos seus empregados que sejam incompatíveis com os limites derogatórios estabelecidos na Constituição, como também não é razoável qualquer tipo de equiparação dos empregados dessas empresas aos servidores públicos e aos empregados vinculados a outras categorias de entes que integram a estrutura administrativa do Estado.

Nesse sentido, a Eminentíssima Ministra do STF, Ellen Gracie, em sede de Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário em que se pleiteava a concessão de estabilidade no emprego a empregado de empresa estatal, proferiu decisão que bem define a questão, assim proferida:

*Inviável a invocação dos princípios de direito administrativo consagrados no caput do artigo 37 da Constituição Federal para garantir à embargante estabilidade no emprego não prevista na legislação pertinente, ante o disposto no artigo 173 da Lei Maior.<sup>16</sup>*

De forma aparentemente contraditória a esse postulado (no que diz respeito às empresas estatais de regência de direito privado às quais vêm sendo aplicada nas instâncias inferiores e mesmo nas Cortes Superiores para anular reenquadramentos funcionais), apresenta-se a súmula nº. 685 do STF, que contempla que "é inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido".

O dispositivo constitucional invocado é o inciso II do artigo 37 da Constituição Federal, que impõe a utilização do concurso público para a contratação de pessoas nas empresas estatais e demais órgãos da Administração, nos seguintes termos:

*Art 37...*

*(...)*

*II - investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.*

A expressão "emprego público", aplicada à relação de emprego estabelecida entre o trabalhador e a empresa estatal, constitui impropriedade conceitual, haja vista trata-se de relação empregatícia estabelecida com base em regras comuns em face de sociedade empresária regida pelo direito privado. A expressão só é apropriada para designar a relação empregatícia que se estabelece com órgãos da Administração Direta (nas situações em que a lei autoriza a utilização do regime celetista para esse fim). Não há dúvidas, entretanto, de que o concurso público é exigível para contratação de pessoas pelas empresas estatais, senão pelo dispositivo antes transcrito, certamente em razão do direito ao acesso isonômico aos cargos da estrutura administrativa do Estado assegurado no inciso I do próprio artigo 37.

Certamente, por questão de racionalidade administrativa, a natureza e complexidade do cargo devem condicionar as exigências de qualificação para assunção de qualquer emprego ou função na iniciativa privada ou na área pública. Na área pública, os diversos órgãos, em razão da maior especialização e divisão de atribuições num modelo rígido formulado nas leis de organização das atividades administrativas do Estado, têm suas atividades e as estipulações referentes à organização dos seus quadros funcionais estabelecidos em lei. Já nas empresas estatais, em razão de sua regência celetista e da aplicação de regras de gestão emprestadas da iniciativa privada, a organização das estruturas necessárias ao desenvolvimento da atividade empresarial, com o dinamismo que é peculiar neste campo, fixa-se na esfera decisória dos gestores.

Dúvidas não há, também, em relação à autonomia gerencial dos administradores das empresas públicas (em sua atuação equiparada aos dos gestores de empresas privadas) em relação à modelagem organizacional: criando e extinguindo áreas internas; modificando o perfil de seus produtos e serviços em função das exigências mercadológicas a que estão submetidos no cumprimento dos fins consignados à organização, o que impõe uma mobilidade de pessoas desconhecida no setor público.

Segundo o modelo de relacionamento "empregador-empregado" formulado na CLT, o vínculo empregatício é inaugurado por um contrato de trabalho em que se estabelecem os direitos e obrigações recípro-



cos e básicos, em que, resguardadas as garantias mínimas asseguradas em lei e nos instrumentos coletivos, todo tipo de alteração é lícita e possível. Em seu curso natural, a tendência é de que a relação se desenvolva no sentido do aprimoramento do negócio e da ascensão funcional do trabalhador. Nenhuma mobilidade não gravosa ao trabalhador é proibida. Aliás, é comum ouvirem-se relatos do menino que iniciou sua vida profissional como contínuo e aposentou-se como diretor da organização.

Por tratar-se de relacionamentos que costumam se estender por longo tempo, é esperado que as pessoas melhorem seu nível de escolaridade e desenvolvam habilidades, que, certamente, não são desperdiçadas na iniciativa privada. A experiência e o conhecimento do negócio acumulados pelo empregado no curso da relação, certamente constituem patrimônio pessoal dele, como também representam valor agregado à organização, que deve aproveitá-los para o melhor resultado do negócio em qualquer setor da atividade em que possam ser úteis. Para isso existem promoções, reenquadramentos e revisão da remuneração.

Em face dessas particularidades, parece-nos que orientação contida na Súmula nº. 685 do STF apresenta-se incompatível com a aplicação da regência celetista indicada pela Constituição, gerando dificuldades à gestão ágil e flexível que se espera das empresas estatais - autorizadas a operar sob regime de direito privado exatamente por causa disso - em dissonância com o que é permitido ao empregador privado, criando-se desarrazoada onerosidade para as empresas estatais, haja vista tornar-se mais complexo e caro instituir carreiras internas, especialmente as profissionais, com seleção externa, além de se gerar uma rotatividade de pessoas muito forte, em geral por concorrência de outros órgãos públicos, com desperdício de patrimônio humano (intelectual e de memórias) e forte desestímulo ao aperfeiçoamento profissional dos empregados.

As pressões de mercado sobre as organizações empresariais estatais acabam por promover o uso de soluções criativas ou alternativas, que buscam contornar a exigência e realizar o aproveitamento de pessoas que detêm conhecimentos especiais e estratégicos e já estão preparadas. Surgem, assim, diversas distorções, como a forte expansão do número de cargos comissionados e funções de confiança, e, o mais inusitado, a indução do empregado à prestação de concurso externo, em razão do qual, uma vez aprovado, solicita o seu desligamento, para, imediatamente, ser recontratado na nova função, com eventual renúncia a direitos adquiridos.

Esta última situação é diretamente repudiada pelo Direito a teor da antiga Súmula nº. 20 do Tribunal Superior do Trabalho, que prescrevia: "Readmissão fraudulenta. Não obstante o pagamento de indenização de antiguidade, presume-se em fraude à lei a resilição contratual, se o empregado permaneceu prestando serviço ou tiver sido, em curto prazo readmitido". Apesar da revogação da Súmula, o artigo 453 da CLT ainda respalda a tese. Esta situação certamente ainda seguirá sendo objeto de

apreciação no Judiciário, vez que as distorções acima referidas continuam acontecendo na administração das empresas estatais, e quiçá alcançemos solução mais harmonizada com os princípios constitucionais, como acima proposto.

Outra vertente de controvérsias que atinge as empresas estatais, constantemente levadas aos Tribunais, diz respeito aos alcances dos regimes disciplinares e os métodos de imputação de responsabilidades dessas instituições. Por tratar-se de relação empregatícia regida pela CLT, é o contrato, ao qual aderem as normas internas da empresa, que fixa os direitos e deveres que dirigem as condutas do empregado.

Confunde-se com freqüência a regência da relação trabalhista aqui analisada com a que se estabelece entre servidores dos entes de direito público - regidos por legislação específica que prevê procedimentos tipicamente administrativos - pretendendo aplicar regras e princípios do processo administrativo a um procedimento interno das empresas regido pela CLT e pelo contrato de trabalho.

Invoca-se, via de regra, o direito fundamental do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, para invalidar atos disciplinados pelas normas internas como se estivessem sujeitos à legislação que regula atos e procedimentos relativos à apuração de responsabilidades de funcionários públicos ou à legislação que disciplina os processos administrativos, no entanto, não se trata de processo administrativo, sendo inviável a aplicação do disposto naquele inciso do artigo 5º.

A regência por critérios internos, entretanto, não confere aos gestores das estatais a prerrogativa de suplantar valores ético-políticos que se impõe à Administração como um todo. Constatada condução arbitrária ou discriminatória de procedimento disciplinar em empresa pública, os princípios da moralidade e da legalidade autorizam a revisão dos atos viciados em sede judicial.

Enquanto não existem dúvidas acerca da possibilidade de demissão de empregados das estatais por justa causa em razão do cometimento de falta grave (artigo 482 da CLT), já foi objeto de longos e acirrados debates a possibilidade de rescisão sem justa causa de contratos de trabalho de empregados de empresas estatais. No entanto, a possibilidade de utilização desse instrumento, desde que contemplada em norma interna que afaste o risco de arbitrariedades ou o uso de razões que não se sustentem à luz da razoabilidade, está pacificada no TST e no STF.

Embora boa parte da doutrina ainda considere válida a equiparação dos empregados das empresas estatais a funcionários públicos para fins de responsabilização criminal (§ 1º do artigo 327 do Código Penal), Maria Sylvia Di Pietro entende que a equiparação só é possível em relação aos empregados de empresas governamentais prestadoras de serviços públicos, não sendo aplicável às que exercem atividade econômica, seja porque não há derrogação expressa da Constituição que permita a quebra da isonomia com os empregados das empresas privadas, seja

porque o Código Penal considera funcionário público somente aquele que exerce função pública, o que não acontece com os empregados das empresas estatais do artigo 173, que atuam no domínio econômico sob regras de direito privado. (op. cit. p. 392)

Na mesma perspectiva, são questionáveis os dispositivos da chamada Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92, artigos 1º e 2º), posto que promovem equiparação semelhante à feita no Código Penal. Embora o diploma legal promova alargamento dos conceitos de agente público e do patrimônio público, estes se mostram em dissonância com os parâmetros fixados na Constituição, provocando a inconstitucionalidade da regra em face dos empregados de empresas estatais.

## **7 O controle externo das empresas estatais pela própria administração e pelo poder legislativo**

Em razão de serem instituídas como entes descentralizados com vistas ao atendimento de interesses ou fins públicos específicos, há natural e legítimo interesse das pessoas políticas instituidoras na verificação do correto atendimento das atividades transferidas à empresa estatal.

O controle direto e imediato é exercido pelo Executivo, cabendo ao Legislativo, diretamente ou por meio das Cortes de Contas, o acompanhamento de natureza política e financeira. Já o controle do Judiciário é eventual e só se dá por provocação das pessoas legitimadas a demandar em juízo acerca de interesses que envolvam as empresas estatais.

Na esfera federal o controle administrativo é denominado de supervisão ministerial e encontra-se regulamentado pelo Decreto-Lei nº 200/67. O artigo 26 desse diploma estabelece supervisão ministerial voltada a assegurar, especialmente: a realização dos objetivos fixados nos atos de constituição da entidade; harmonia com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade; eficiência administrativa; a autonomia administrativa, operacional e financeira da entidade. Note-se que não se trata de controle hierárquico e sim finalístico. Apresenta um caráter essencialmente fiscalizatório. Em razão de ser instituído nessa direção e em respeito à autonomia administrativa conferida às empresas estatais, só pode ser exercido nos limites estabelecidos em lei.

A Administração Pública pode utilizar diversos meios para controlar o adequado funcionamento das empresas estatais. O mais usual e eficaz é valer-se da força de sua participação no capital da instituição para impor a nomeação de dirigentes afinados com a política e a programação do Governo no setor de atuação da entidade.

Outras práticas usuais e aceitas são, por exemplo: acompanhamento sistemático por meio de demonstrativos que permitam aferir o desempenho da gestão da empresa em todos os aspectos relevantes; fixação de limites para as despesas administrativas, especialmente de custeio e de pessoal; realização de auditorias, etc. Excepcionalmente, por

razões de interesse público, pode ser necessária a intervenção direta na entidade.

Registre-se, ainda, que a Constituição determina que os Poderes da República mantenham sistema de controle interno para, em concomitância com o Congresso Nacional, promover a fiscalização e o desempenho dos entes federais nos aspectos contábeis, financeiros e orçamentários. Em atendimento a essa finalidade o Governo Federal instituiu a Corregedoria da República - depois designada Controladoria-Geral da União - vinculada à Presidência da República, que exerce controle sobre as atividades desenvolvidas pelas empresas estatais nos limites autorizados ao Legislativo e à sua Corte de Contas na Constituição.

Extremamente mais complexa é a fixação desses alcances do controle legislativo estabelecidos na esfera constitucional. Como se sabe, um dos princípios mais elevados do ordenamento constitucional é o da independência entre os Poderes. Aqui se trabalha com hipótese de interferência direta de um Poder na esfera de atribuições legais de outro.

O respeito à separação de Poderes impõe a preservação da autonomia e independência de cada um deles. Como as atribuições que definem o espaço de atuação institucional correspondente a cada um dos Poderes estão fixadas na Constituição, o exercício da função de controle, externa ao Poder, está limitado às autorizações expressas concedidas pela própria Constituição.

O controle político exercido pelo Legislativo dá-se principalmente por meio de requisições de informação a todos e quaisquer entes e agentes da Administração, convocação de gestores públicos para prestar esclarecimentos e Comissões Parlamentares de Inquérito. As correspondentes autorizações constitucionais encontram-se diluídas entre as competências do Congresso Nacional.

O controle financeiro está regulamentado na Constituição da República em meio às regras de Organização dos Poderes, no capítulo referente ao Poder Legislativo, que estabelece na Seção IX os princípios e as normas básicas relativos à "Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária" aplicáveis, inclusive, aos demais entes federativos (artigo 75).

No âmbito federal esse controle é exercido pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Compete àquela Casa, por força da autorização concedida no artigo 70, "a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas".

O alcance dessa autorização está, no entanto, limitado no parágrafo único do mesmo dispositivo às contas daqueles que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária. Assim, a fiscalização exercida

pelo Congresso Nacional relativamente às contas de entidades vinculadas ao Poder Executivo, seja por sua atuação direta, seja por meio do Tribunal de Contas da União (TCU), não pode exceder dos limites estabelecidos na própria Carta Constitucional, devendo ficar limitada ao gerenciamento e à aplicação de bens e valores públicos, sendo este o norte interpretativo adequado à avaliação da pertinência de interferências do Legislativo na esfera de poder do Executivo. Todas as disposições constitucionais relacionadas a essa fiscalização, em especial as dos artigos 70 e 71, estão relacionadas ao afastamento de riscos ou à responsabilização de condutas que possam de alguma forma causar prejuízo direto ao erário público.

Como visto acima, ao analisar-se a natureza jurídica do patrimônio das empresas estatais, os bens e valores pertencentes às empresas estatais não integram o patrimônio público. Nada obstante, é freqüente na atuação do TCU em sede de tomada de contas de gestores das instituições estatais voltadas para a exploração de atividades econômicas, a censura a situações em que se encontravam os gestores operando na exclusiva administração do patrimônio das próprias empresas, com adoção de práticas e estratégias empresariais típicas dos setores em que atuam, situações em que não se mostra apropriada a adoção de critérios de julgamento e avaliação de condutas concebidos para a atividade tipicamente pública.

Há situações em que as empresas estatais realizam atividades delegadas pelo Poder Público, valendo-se de recursos públicos no desenvolvimento de atividades de fomento ou de assistência social. Porém, são situações excepcionais, que não desnaturam o caráter privado das atividades-fim desses entes. Neste caso, não há dúvidas de que os agentes públicos estão submetidos à fiscalização legislativa.

Entretanto, via de regra, as conclusões de tomadas de contas e a conseqüente responsabilização de administradores das empresas estatais são impróprias, posto que carregam inadequadas avaliações dos fatores de risco inerentes às práticas usuais nos ramos de negócio em que as empresas encontram-se inseridas.

Não se coaduna com a regência celetista dos empregados de empresas estatais, a responsabilização administrativa que se estabelece externamente à relação laboral, fixada no contrato de trabalho e nas regras internas a ele aderidas. Afigura-se, outrossim, violação à regência de direito privado conferida às empresas estatais no que diz respeito aos direitos e obrigações trabalhistas, por expressa disposição constitucional

Nesse sentido vinha se posicionando o Supremo Tribunal Federal até o final de 2005, cabendo aqui transcrever acórdão ilustrativo:

*CONSTITUCIONAL. ATO DO TCU QUE DETERMINA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DE EMPREGADO DO BANCO DO BRASIL - DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E*

*VALORES MOBILIÁRIOS, SUBSIDIÁRIA DO BANCO DO BRASIL, PARA APURAÇÃO DE "PREJUÍZO CAUSADO EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES REALIZADAS NO MERCADO FUTURO DE ÍNDICES BOVESPA". Alegada incompatibilidade desse procedimento com o regime jurídico da CLT, regime ao qual estão submetidos os empregados do banco. O prejuízo ao erário seria indireto, atingindo primeiro os acionistas. O TCU não tem competência para julgar as contas dos administradores de entidade de direito privado. A participação majoritária do Estado na composição do capital não transmuda seus bens em públicos. Os bens e valores questionados não são da administração pública, mas os geridos considerando-se a atividade bancária por depósitos de terceiros e administrados pelo banco comercialmente. Atividade tipicamente privada, desenvolvida por entidade cujo controle acionário é da União. Ausência de legitimidade do Impetrado para exigir instauração de Tomada de Contas Especial ao Impetrante. Mandado de Segurança deferido.<sup>17</sup> (nosso grifo)*

Do voto do Ministro Ilmar Galvão, proferido nos autos desse mesmo mandado de segurança, destaca-se:

*Na verdade, competência dessa natureza não pode ser extraída da norma do caput do artigo 70 da CF, que cuida da aplicação das subvenções e renúncia de receitas - matéria estranha às sociedades de economia mista - nem do respectivo parágrafo único que refere pessoa física e jurídica que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos, ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária, funções que nada têm a ver com as atividades regulares das sociedades de economia mista, organizadas para exploração de atividade econômica.*

*Do mesmo modo, conforme já assinalado, não autoriza ilação nesse sentido o inciso II do artigo 71, que prevê o julgamento, pela Corte, das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e soci-*

*idades instituídas e mantidas pelo Poder Público, logicamente quando responsáveis por bens públicos, o que não é o caso dos bancos, salvo, por óbvio, quando agirem na condição de gestores de fundos governamentais, como ocorre com a Caixa Econômica Federal, relativamente ao FGTS, ou na condição de depositários de recursos financeiros relativos a programas e projetos de caráter regional, ou de responsabilidade da União, estritamente quanto à guarda e administração de tais recursos. No mais, no que concerne às instituições como a impetrante, o que se dá é a exploração de atividade econômica, de prestação de serviço, que se realiza, sabidamente, sob as mesmas condições a que estão sujeitas congêneres particulares, sem qualquer tratamento privilegiado, salvo os que vierem a ser estabelecidos pela lei prevista no § 1º do artigo 173, ainda não trazida à lume pelo legislador ordinário.*

Também merece destaque voto proferido pelo mesmo Ministro nos autos de outro mandado de segurança, proferido nos seguintes termos:

*Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil contra ato do Tribunal de Contas da União, pelo qual lhe foi determinado a instauração de Tomada de Contas Especial para apuração de fatos verificados em sua agência de Viena. (...). Evidente, pois, que a competência do Tribunal de Contas diz com as contas dos responsáveis por valores públicos, expressão que exclui, de pronto, desenganadamente, dessa competência do Tribunal de Contas, o julgamento das contas dos administradores de entidades de direito privado, como as empresas públicas e sociedades de economia mista, cujo patrimônio, incluídos bens e direitos, não revestem a qualidade de bens públicos, mas de bens privados.<sup>18</sup>*

Em razão de escândalos políticos envolvendo contratos com empresas estatais que se encontravam em apuração em diversas Comissões Parlamentares de Inquérito instaladas no Congresso Nacional ("mensalão", "bingos" etc.) apresentou-se ocasião que recomendava o estabelecimento de maior rigor no controle da gestão de empresas estatais. Atento a essa situação, entendeu o STF por reformar parcialmente seu posicionamento acerca dos poderes atribuídos ao TCU para fiscaliza-

ção e controle desses entes. As decisões foram assim ementadas, naquilo que interessa a este ponto do presente estudo:

*SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nº 23.627-2/DF e 23.875-5/DF.<sup>19</sup>*

*CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA.*

*I.- Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, artigo 71, II; Lei 8.443, de 1992, artigo 1º, I).*

*II.- As empresas públicas e as sociedades de economia mista, integrantes da administração indireta, estão sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas, não obstante os seus servidores estarem sujeitos ao regime celetista.<sup>20</sup>*

Nada obstante a aparente concessão pelo Supremo Tribunal Federal de ampla liberdade de fiscalização das estatais ao TCU, a transcrição de alguns trechos dos votos condutores da mudança de posição é elucidativa dos limites postos pelo próprio STF a essa atuação, de forma a preservar a autonomia e a regência conferidas pela Constituição às estatais. Certamente essas razões estarão presentes em qualquer retorno futuro à matéria no STF, razão pela qual integram necessariamente a sua compreensão e aplicação. Vejamos-se, então, trechos dos votos proferidos no julgamento:

*O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Senhor Presidente, antecipo que sigo a mesma luminosa trilha dos votos precedentes. Gostaria de dar fundamentação que, de alguma forma, possa densificar, espero, esses votos a que me refiro.*



*Quando, por efeito de emenda, foi introduzido no artigo 173 o § 1º, que remete à lei própria a definição do estatuto jurídico da empresa pública e da sociedade de economia mista, quando dessa inserção constitucional confesso que fiquei um pouco atarantado para aplicar à sociedade de economia mista e empresas públicas a fiscalização dos tribunais de contas. Depois maturei um pouco a interpretação desse § 1º e cheguei a conclusão diversa.*

*Leio a Constituição:*

*"§1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias" - especialmente para o fim de nº 1.*

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

*Pois bem, a minha nova conclusão foi que essa fiscalização, por lei, não pode ser substitutiva da fiscalização já figurante da Constituição, pois é fato que a Constituição contém vários dispositivos cujo conteúdo é, justamente, a fiscalização das empresas públicas e sociedades de economia mista pelos tribunais de conta, inclusive. Essa lei, se fosse substitutiva dos comandos constitucionais, deixaria esses comandos sem função. Numerosos comandos constitucionais ficariam inutilizados - o que não me parece uma interpretação correta.*

*(...)*

*O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - A meu ver, essa fiscalização, a ser organizada por lei, pode, sim, emitir juízo de valor sobre as políticas empresariais que as empresas estatais estejam a desenvolver. Creio que deve ficar bem claro - ainda como obter dictum, neste julgamento, que já prenuncia a viragem da jurisprudência - , que isso não cabe ao Tribunal de Contas.*

*O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - É o complemento do meu ponto de vista. Primeiro juízo: essa lei não é uma substituição pura e simples da fiscalização já determina pela Constituição.*

*O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - É isso que acho muito importante deixar posto: a título de fiscalização da economicidade, não pode arrogar-se o Tribunal de Contas a*

*ser tutor da administração de empresas estatais, sobretudo daquelas que atuam em regime de intensa competitividade, de que são exemplos os bancos oficiais sobreviventes à privatização.*

*O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Exatamente. Mas acho que tenho resposta para isso, Excelência. Meu primeiro juízo foi este: a lei não pode ser, pura e simplesmente, substitutiva dos comandos constitucionais, porque inutilizaria a funcionalidade desses comandos. Restariam eles eficazmente inócuos. Então, parece-me que essa lei é para otimizar a aplicação dos comandos constitucionais quanto às peculiaridades mercantis dessas entidades administrativas, para que elas sejam não só de economia mista quanto à formação de seus capitais, mas de economia mista quanto ao seu regime jurídico. Um regime que nem coincide inteiramente com o das empresas privadas nem com o dos órgãos e entidades genuinamente públicos.*

*(...)*

*O SENHOR MINISTRO EROS GRAU - Sr. Presidente, única e exclusivamente para colaborar com essa declaração obter dictum, quero lembrar que a Lei nº 6.223, no artigo 9º, pela qual está vinculado o Tribunal de Contas, expressa:*

*'Art. 9 - Os Tribunais de Contas, no exercício da fiscalização referida no artigo 8º, não interferirão na política adotada pela entidade para a consecução dos objetivos estatutários contratuais.'*

*Evidentemente, não se trata de querer interpretar a Constituição segundo a lei, mas deixar bem claro que o Tribunal não pode ir além dos sapatos.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Sr. Presidente, apenas algumas observações. A mim me parece que o artigo 71, inciso II, da Constituição, repele interpretação expansiva, no sentido que não tolera leitura capaz de restringir o alcance do controle, pelo Legislativo, por intermédio do Tribunal de contas, da gestão de dinheiros, bens e valores públicos. Trata-se da tutela de bens e valores do povo. Sociedades de economia mista são concebidas e, em concreto, criadas em função de finalidades públicas, não apenas como se fossem sociedades de direito privado, guiadas pela atração do lucro, mas sobretudo como prolongamentos do*

*Estado, de modo que os seus dirigentes devem agir no cumprimento do dever público de resguardo dos interesses e finalidades públicos que presidem a instituição dessas mesmas sociedades. Tampouco me parece discutível o caráter público das ações do Estado, que são apenas bens públicos sujeitos a regime singular de destinação especial e de administração particular. Não apenas as referências as normas constitucionais sobre orçamento, etc., comprovam tal assertiva, senão também a legislação infraconstitucional. O memorial do Tribunal de Contas bem o demonstrou, e dele, apenas a título de exemplo, cito o artigo 17 da Lei nº 8.666, que regula a forma de alienação dessas ações, submetendo-a a autorização legislativa, a avaliação e, até, a concorrência pública, tudo o que confirma tratar-se de campo absolutamente incompatível com a idéia de disponibilidade que caracteriza o regime jurídico dos bens privados.*

*Outra interpretação a mim me parece que tornaria inviáveis as auditorias previstas no inciso IV do artigo 71 e, portanto, frustraria uma competência específica do Congresso Nacional.*

*Outras duas observações, que, penso, são importantes, dizem respeito ao artigo 173, §1º, e à questão da metodologia da fiscalização.*

*O artigo 173, § 1º, acho que não pode ser interpretado senão como previsão de uma norma ou de uma lei tendente a regulamentar a competência que já está no artigo 71. Em outras palavras, remete-se a lei que atenderá às particularidades das empresas e das sociedades de economia mista, podendo, se for o caso, segundo as circunstâncias e a natureza dessas empresas, dispor sobre outras formas de fiscalização, que, sem estatuição expressa, não se concebe nem admite.*

*Portanto, a falta dessa lei não inutiliza o comando constitucional do artigo 71 e, portanto, não impede a fiscalização do Tribunal de Contas.*

*A questão que me pareceu algo mais complexa, mas apenas na aparência, é a natureza de controle adequado à sociedade ou sociedades que atuam segundo as regras do mercado e da concorrência. Mas, aí, parece-me que o problema é de metodologia da fiscalização, não problema de*

*competência para fiscalizar, isto é, deve o Tribunal de Contas, e de certo o fará por competência técnica, seriedade e bom senso dos seus agentes, conciliar as exigências da autonomia empresarial e do interesse público, até porque, no caso das sociedades de economia mista e das empresas públicas, tais requisitos são complementares, não antagônicos.*

*O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO - Se Vossa Excelência me permite, essa lei desempenharia um papel de calibragem da fiscalização, para usar de uma palavra que é muito cara ao dodelo pragmático de ciência jurídica. É uma questão de calibração.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Mas, enquanto não seja editada, é bom advertir que o Tribunal de Contas deve preocupar-se sobretudo com essa metodologia para não inviabilizar, vamos dizer, a operacionalidade dessas empresas.*

*Respondo agora ao argumento de que tais sociedades não comportariam esse tipo de fiscalização. Eu não diria que seja argumento sofisticado, mas, sem dúvida, é argumento especioso, porque, se tais sociedades fossem insuscetíveis de fiscalização pública, nem a fiscalização de caráter privado poderia dar-se. O fato de essas sociedades terem auditorias e controles internos prova por si que, embora atuando na área empresarial, comportam formas de fiscalização compatíveis com sua natureza, isto é, de entidades destinadas a operar em mercado altamente competitivo.*

*O que não pode é o Tribunal de Contas interferir em decisões de políticas e de estratégias empresariais, devendo restringir-se aos termos do artigo 72 para resguardar o interesse público contra os procedimentos capazes de acarretar danos ao erário.*

*(...)*

*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sabemos - e Vossa Excelência já destacou esse aspecto - da sensibilidade desse tema, em que se tomam decisões de risco, por exemplo, no caso específico, tomam-se decisões que têm de ser avaliadas, segundo paradigmas existentes, mas para recuperar créditos, assumindo até determinado tipo de prejuízo.*

*Por outro lado - e sabemos muito bem que quem já teve alguma experiência na vida pública há de sabê-lo - esses órgãos de fiscalização são engenheiros, em geral, de obras prontas. Devemos dizê-lo com sinceridade: são críticos de obras feitas e, muitas vezes, sem o necessário preparo para fazê-lo.*

*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Em boa escala, sim; são pessoas que verificam depois de o desastre já cometido.*

*O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - É atuação a posteriori.*

*O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, o que se torna muito fácil e, por isso, inclusive, esses sinais graves que às vezes se verificam. De modo que, com essas ponderações, acredito que tenha de haver limitação. É bom, talvez, que as próprias empresas que venham a ser fiscalizadas, levem a questão à esfera judicial. Nesse caso específico, acredito que cabe a impugnação na via ordinária para aferir se de fato o juízo emitido pelo Tribunal de Contas corresponde a essa análise.*

*O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE (PRESIDENTE) - (...) Também deixo explícito outra fonte de preocupações, que há de ter pesado nos precedentes: a de que essa fiscalização se pode tornar abusiva, na medida em que fuja aos estritos limites que constitucionalmente a legitimam e pretenda imiscuir-se na tomada de decisões ou na execução de decisões empresariais das empresas públicas e sociedades de economia mista: para isso, há o apelo ao controle jurisdicional do excesso, desvio ou abuso de poder.*

## 8 Conclusão

As empresas estatais estudadas possuem natureza *sui generis*, são, em essência, extensão do Estado, porém, recebem autorização para atuar como se particulares fossem. Tal singularidade obriga o operador do direito, para compreendê-las, a empreender um esforço de conciliação da dúplici regência a que estão submetidas: um regime de direito predominantemente privado (especialmente quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários), mitigado por derrogações promovidas em prol da aplicação de prescrições de direito público.

Aqui reside, como demonstrado, o maior desafio à adequada aplicação da regência legal cabível às empresas estatais. Boa parte da doutrina, o legislador, e uma parcela muito significativa de juízes, procuradores e outros operadores do direito, por não terem percebido as peculiaridades acima assinaladas, ou por não terem estabelecido uma percepção mais acurada acerca das diferentes espécies de entes que integram a chamada Administração Indireta definidas na Constituição Federal, bem como em relação aos impactos das prescrições constitucionais delimitadoras da atuação dessas diversas figuras (com derrogações de regime produzidas em graus variados), acabam incorrendo em erros de tratamento, avaliação e julgamento relativos a muitas questões envolvendo as empresas estatais do artigo 173 da Constituição, como se constatou neste estudo.

Também ficou confirmado o acerto do caminho seguido, pois não existe guia mais seguro do que as regras de hermenêutica acima estudadas para nortear qualquer análise jurídico-legal. A interpretação conforme a Constituição, que estabelece o ponto focal de estudo nos princípios constitucionais, vai sempre resultar numa avaliação da situação concreta em harmonia com o sistema. Nessa perspectiva, aplicados os critérios de análise acima apontados, pode-se concluir com segurança em relação às empresas estatais, que o direito privado é a regra (estabelecida na Constituição), sendo o direito público a exceção. Como tal, só pode ser aplicado em razão de princípio ou regra derogatória que possua força equivalente à norma constitucional que instituiu o regime privado.

## Notas

- 1 ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 46
- 2 BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: UnB, 1999, p. 19.
- 3 PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Interpretação e aplicabilidade da Constituição**. Teresina: Jus Navigandi, 2003, p. 8.
- 4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 65.
- 5 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 68.
- 6 *Ibid.*, p. 68.
- 7 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 73.
- 8 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1986, p.128-129.
- 9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial do atos administrativos. RDP 65/27.
- 10 VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**, ano 2, nº 6, set. 1995.
- 11 MELLO, Celso Antônio. *Op.cit.*, p. 101.
- 12 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op.cit.*, p. 359.

- 13** Vide acórdãos prolatados no julgamento simultâneo dos MS 25.181/DF e 2.5092/DF em 10/11/2005, publicados, respectivamente, em 16/06/2006 e 17/03/2006 - com excertos adiante transcritos.
- 14** Lei Complementar nº 101/2000, artigo 1º, §§ 2º e 3º, b, por exclusão.
- 15** TCU, Pleno, Acórdão nº.624/03 de 11/06/2003.
- 16** STF, 2ª Turma, RE 363.328 - ED, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU 19/12/03.
- 17** STF, Tribunal Pleno, MS 23.875/DF, Relator Min. Nelson Jobim, DJU 30/04/2004, p. 34.
- 18** STF, Tribunal Pleno, MS 23.627, Rel. Ministro Ilmar Galvão, acórdão ainda não publicado.
- 19** STF, Tribunal Pleno, MS 25.181-6/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 16/06/2006.
- 20** STF, Tribunal Pleno, MS 25.092-6/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 17/03/2006.

## Referências

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

\_\_\_\_\_. **A Constituição e a efetividade de suas normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Unb, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de Direitos**. Brasília: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tomada de contas especial: processo e procedimento nos tribunais e na administração pública**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

LIMA, George Marmelstein. As funções dos princípios constitucionais. *Jus Navigandi*, nº 54, 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2624>>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. Controle judicial do atos administrativos. RDP 65/27.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Interpretação e aplicabilidade da Constituição: em busca de um Direito Civil Constitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 7, nº 99, 10 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4266>>.

PESSOA, Robertônio Santos. Empresas públicas à luz das recentes reformas (EC 19/98). *Jus Navigandi*, nº 33, 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=384>>.

RÃO, Vicente. **O Direito e a vida dos Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VILLA, Jesús Leguina. A Constituição Espanhola e a fuga do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo Aplicado*, ano 2, nº 6, set. 1995.